PRAWO PRYWATNE

austryackie.

NAPISAŁ

Ernest Till

DOKTOR PRAW, PROFESOR UNIWERSYTETU LWOWSKIEGO,
CZŁONEK KOR. AKADEMII UMIEJĘT. W KRAKOWIE.

TOM PIĄTY.

WYKŁAD PRAWA FAMILIJNEGO.

Cena 10 koron.

WE LWOWIE
NAKŁADEM K. S. JAKUBOWSKIEGO.
1902.

Poprzednie tomy

PRAWA PRYWATNEGO AUSTRYACKIEGO

zawierają:

Tom I. Wykład nauk ogólnych prawa prywatnego austryackiego. Wydanie 2, 1892. 3'50 ct

Tom II. Wykład prawa rzeczowego austryackiego. (Prawo własności, prawo służebności i prawo zastawu.) Wydanie 2, 1892. 3'80 ct

Tom III. Wykład nauki o stosunkach obowiązkowych I. (Część ogólna.) 1895. 3'80 ct.

Tom IV. Wykład nauki o stosunkach obowiązkowych II. (Część szczegółowa.) 1897. 3'80 ct

PRAWO PRYWATNE AUSTRYACKIE.

Tom V.

PRAWO PRYWATNE
austryackie.

NAPISAŁ

Ernest Till

DOKTOR PRAW, PROFESOR UNIWERSYTETU LWOWSKIEGO,
CZŁONEK KOR. AKADEMII UMIEJĘT. W KRAKOWIE.

TOM PIĄTY.

WYKŁAD PRAWA FAMILIJNEGO.

WE LWOWIE
NAKŁADEM K. S. JAKUBOWSKIEGO.
1902.

WYKŁAD

AUSTRYACKIEGO PRAWA FAMILIJNEGO.

NAPISAŁ

ERNEST TILL

DOKTOR PRAW, PROFESOR UNIWERSYTETU LWOWSKIEGO,
CZŁONEK KOR. AKADEMII UMIEJĘT. W KRAKOWIE.

WE LWOWIE
NAKŁADEM K. S. JAKUBOWSKIEGO.
1902.

CZCIONKAMI DRUKARNI LUDOWEJ WE LWOWIE.

SPIS RZECZY.

KSIĘGA CZWARTA.

Prawo familijne.

ROZDZIAŁ I.

Ustawowe prawo majątkowe małżeńskie.

ROZDZIAŁ II.

Umowne prawo majątkowe małżeńskie.

ROZDZIAŁ III.

O wpływie zniesienia spólności małżeńskiej na prawa majątkowe małżonków.

CZĘŚĆ DRUGA.

O stosunkach prawnych między rodzicami a dziećmi.

ROZDZIAŁ I.

O dzieciach ślubnych i nieślubnych.

ROZDZIAŁ II.

O legitymacyi i adopcyi.

CZĘŚĆ TRZECIA.

O opiece i kurateli.

ROZDZIAŁ I.

O opiece w ogólności i opiece nad małoletnimi.

ROZDZIAŁ II.

O kuratelach.

KSIĘGA CZWARTA.

Prawo familijne.

§. 412.

Wstęp.

ANDERS *Das Familienrecht systematisch dargestellt,* 1887. str. 1. n., tegoż autora *Grundriss des Familienr.* 1899; HOFMANN F. *Verwandtschaft und Familie* 1891; KRAINZ-PFAFF I. §. 27., II. §. 422; GELLER *Oest. bgl. Recht* I. st. 129 n.; ZOLL (*jun.*) Podręcznik pr. pryw. austr. I. str. 111. n.

I. Przez familię (rodzinę) rozumie ustawa austryacka „przodków“ (*Stammältern*) ze wszystkimi „potomkami“ (*Nachkommen*). Związek między temi osobami nazywa pokrewieństwem, związek między jednym małżonkiem a krewnymi drugiego, powinowactwem (§. 40 u. c.).

To ustawowe określenie familii i pokrewieństwa nie całkiem jest dokładne. Gdybyśmy je brali dosłownie i bez uwzględnienia innych przepisów ustawy, byłoby ono dla zakresu prawa niemal bezużytecznem. Musiałoby bowiem obejmować rozmaite grupy osób w miarę tego, kogo przyjęlibyśmy za przodków, a to tem obszerniejszą grupę, im dawniejszą przyjęlibyśmy parę [1]). Ustawa widocznie nie miała na myśli tak obszernego grona, skoro w §. 91 nazywa męża „głową rodziny“. Widocznie w tym ostatnim §-ie rozumie ustawa przez rodzinę: męża i żonę razem z dziećmi, o ile one zostają pod władzą rodzicielską. Zresztą przepis §. 40 u. c. — nie całkiem ściśle — identyfi-

[1]) HOFMANN FR. *Verwandtschaft und Familie,* str. 4, oblicza ilość ascendentów (samych) w dziesiątej generacyi na 1024, w 20. generacyi na 1,048 576. Ilu członków musiałaby obejmować rodzina, gdyby wzięto za punkt wyjścia przodków 20. generacyi, choćby tylko żyjących potomków liczono!

kuje rodzinę z ogółem krewnych, ponieważ związek krwi, uzasadniony pochodzeniem od spólnego przodka, nie uzasadnia sam przez się związku rodzinnego między krewnymi. Z przepisu §. 44 u. c., że podstawą rodziny jest małżeństwo, wynika owszem, że pochodzenie pozamałżeńskie, jakkolwiek niewątpliwie uzasadnia spólność krwi a zatem pokrewieństwo (§. 65 u. c.), nie zdoła jednakże utworzyć związku rodzinnego, a to tem bardziej, że podług §. 165 u. c. dzieci nieślubne wyłączone są w ogóle od praw rodziny i pokrewieństwa, a podług §. 161 u. c. wchodzą do rodziny tylko w pośród pewnych, ustawą bliżej określonych okoliczności.

W obec tych sprzeczności w ustawowej definicyi rodziny i pokrewieństwa należy odróżnić obszerniejsze i ściślejsze pojęcie rodziny; w obszerniejszem znaczeniu (§. 40 u. c.) obejmuje „rodzina“ ogół krewnych, związanych ze sobą spólnem pochodzeniem, — w ściślejszem znaczeniu (§. 44 u. c.) „rodzina“ tworzy się przez zawarcie małżeństwa i obejmuje tylko pewną parę małżonków razem z tymi potomkami, które pozostają pod władzą rodzicielską (§§. 44, 91 u. c.), a to tylko potomkami pochodzenia ślubnego (§§. 165—171, 154, 756, 763 u. c.), dopóki przez zawarcie małżeństwa własnej rodziny nie utworzą [2]).

---

[2]) Jasnego określenia, co ustawa rozumie przez rodzinę (familię), nie znachodzimy także i w dawniejszych projektach (terez. i Hortena). MARTINI I. 4 §. 1. mówi: *Werden Eheleute mit Kindern gesegnet, so entstehet eine neue Gesellschaft, nemlich eine neue Familie...*; podobnie §. 114. I. kod. gal. Przy obradach nad tym ostatnim §-em zauważono (słusznie), że w tej stylizacyi stanąłby ten § w sprzeczności z zasadą: *dass die Familien im Staate durch die Ehe entstehen*, skutkiem czego stylizowano go wówczas: *Wenn in der Ehe Kinder geboren werden, so entsteht dadurch ein Zuwachs der Familie, eine neue Gesellschaft...* (OFNER I. str. 140 §. 114); w drugim odczycie zmieniono to zgodnie z §. 137 u. c. *(entsteht ein neues Rechtsverhältniss)*, tak, iż podług tego rodzina powstaje już przez poślubienie się dwojga osób, a przybytek dzieci tworzy jedynie nowy w obrębie rodziny stosunek prawny. W tem znaczeniu użyty jest też wyraz „rodzina“ w §. 529 u. c. Niezależnie od tego (ściślejszego) pojęcia rodziny ustawa używa tego wyrazu dla określenia r o d u t. j. ogółu krewnych w pewnych generacyach (§. 618 u. c. i nast.).

II. Pokrewieństwem (*cognatio*, *Verwandtschaft*) nazywamy związek między dwoma osobami, uzasadniony pochodzeniem jednej od drugiej (pokrewieństwo w linii prostej), lub też obydwu od jednej osoby trzeciej (pokrewieństwo w linii pobocznej). Pokrewieństwo jest bliższem lub dalszem w miarę stopnia, w którym osoby są ze sobą spokrewnione. Stopień pokrewieństwa oblicza się zaś podług ilości płodzeń, za pomocą których w prostej linii jedna od drugiej, zaś w linii ubocznej obydwie od najbliższego spólnego przodka pochodzą (§. 41 u. c.). Tak więc w linii prostej syn lub córka spokrewnieni są z rodzicami w pierwszym, wnuk i wnuka w drugim, prawnuk i prawnuka w trzecim stopniu i t. d. W linii ubocznej pierwszego stopnia pokrewieństwa nie ma, a w drugim stopniu spokrewnieni są rodzeństwo, w trzecim siostrzeniec, siostrzenica (bratanek, bratanica) z wujem, stryjem (bratem matki lub ojca), ciotką i stryjenką (siostrą matki lub ojca) i t. d. [3]). Ilość stopni zasadniczo nie jest ograniczoną [4]). Możebnem jest, że dwie osoby spokrewnione są z sobą w rozmaitych stopniach.

Prosta linia jest wstępną lub zstępną w miarę tego, czy w celu oznaczenia pokrewieństwa wychodzimy w kierunku od potomków do przodków czyli też odwrotnie. Podług reguły interpretacyjnej §. 42 u. c. krewni wstępni objęci są zwyczajnie nazwą rodziców, krewni zstępni nazwą dzieci [5]).

---

[3]) Ustawa cywilna przyjęła więc rzymski sposób obliczania stopni pokrewieństwa (*tot gradus, quot generationes*) w odróżnieniu od obliczenia kanonicznego, które w linii prostej równa się rzymskiemu, w linii ubocznej zaś różni się tem, że obliczane bywają stopnie tylko do spólnego przodka po stronie dłuższej. Ob. GLÜCK *Comm.* XXVIII §. 1210.

[4]) Inaczej kodeks włoski, który pokrewieństwa po za dziesiąty stopień nie uznaje (art. 48 ust. 2).

[5]) Ta reguła interpretacyjna tem mniej da się uzasadnić, że nie odpowiada żadnej stałej zasadzie językowej (DERNBURG III. §. 1) a nadto w ustawie nie jest konsekwentnie przestrzeganą. I tak: w §. 754, 1220 1221 u. c. przeciwstawieni są rodzice dziadom, zatem wyraz ten oznacza tylko pierwszych rodziców; tożsamo się rozumie podług zasad interpretacyjnych w §§. 65, 80, 140, 141, 144, 145, 151, 160 do 162, 166, 170, 171, 183, 271, 731, 735 do 739, 741, 742, 752, 756.

Pokrewieństwo w linii pobocznej jest zupełnem, jeżeli krewni poboczni mają oboje rodziców spólnych. Pokrewieństwo jest przyrodniem, jeżeli krewni poboczni mają spólnym tylko jednego rodzica. Przyrodni z ojca nazywają się jednorodnymi, przyrodni z matki jednołonowymi. Osoby spokrewnione przez ojca tworzą linię ojczystą, spokrewnione przez matkę linię macierzystą.

Ustawa odróżnia pokrewieństwo prawe i nieprawe (§. 65 u. c.) w miarę tego, czy stosunek spólnych rodziców polegał na małżeństwie czyli nie.

Powinowactwem zowie się stosunek zachodzący między jednym małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka (§. 40 u. c.); może się więc opierać tylko na ważnem małżeństwie, a z tego powodu niema powinowactwa z nieprawego rodu [6].

Wyraz „dzieci" oznacza tylko synów i córki w §§. 28, 44, 102, 105, 106, 108, 117, 121, 137—146, 148, 150—152, 155—163, 165—174, 177, 178, 183, 185, 195, 209, 218, 255, 271, 700, 731—737, 739, 740, 752—756, 954, 1034, 1328 u. c. (Ob. STUBENRAUCH I. do §. 42, 43 uw.). O wiele praktyczniejszą jest terminologia, przyjęta w kod. niem. — Krewni wstępni pierwszego stopnia oznaczeni są nazwą „rodzice" (*Eltern*), wstępni w ogóle nazwą „rodzice i przodkowie" (*Eltern und Voreltern*), — wstępni z wyłączeniem rodziców: „dziadkowie i dalsi przodkowie" (*Grosseltern und weitere Voreltern*) i t. d., — krewni zstępni pierwszego stopnia nazwani są „dziećmi" (*Kinder*) — zstępni w ogóle „potomkami" (*Abkömmlinge*). — O pokrewieństwie i jego stopniach ob. obszerny wywód u DOLLINERA *Hndb. d. in Oest. gelt. Eherechtes* I. str. 197 n.

[6]) Inaczej aniżeli w prawie kanonicznem, w którem podstawą tego stosunku jest fakt spółkowania (*copula carnalis*), a więc nie ma powinowactwa, jeśli małżeństwo nie zostało spełnione a z drugiej strony może być powinowactwo *ex copula illicita, affinitas illegitima*. Również nie ma powinowactwa, znanego w prawie kanonicznem pod nazwą *affinitas secundi generis* między jednym małżonkiem a powinowatymi drugiego. Por. RITTNER Prawo kościelne II. str. 305 n. W kod. gal. przepisów odpowiadających §. 40 i 43 u. c. nie było. Dopiero 11. maja 1807 r. zaproponował ZEILLER te przepisy, które w superrewizyi częściowo zmienione, stały się następnie częścią kod. cyw. (OFNER II. str. 335, str. 497).

Odległość powinowactwa oznacza się podług stopni pokrewieństwa w ten sposób, że w jakiej linii i w jakim stopniu jest ktoś z jednym małżonkiem spokrewnionym, w takiejże linii jest z drugim małżonkiem spowinowaconym (§. 41 u. c.). Tak więc ojczym ze swoim pasierbem spowinowacony jest w pierwszym stopniu prostej linii, mąż ze szwagrem (bratem żony) w drugim stopniu linii pobocznej i t. d. Między krewnymi jednego małżonka z jednej, a krewnymi lub powinowatymi drugiego małżonka z drugiej strony, powinowactwa niema [7]).

Obok pokrewieństwa naturalnego ustawa zna pokrewieństwo prawne przez adopcyę (§. 179—185 u. c.), które wywołuje podobne do naturalnego skutki prawne, chociaż w szczuplejszym zakresie [8]).

III. Ogół przepisów prawnych, które urządzają stosunki prawne, polegające na związku rodzinnym pokrewieństwa i powinowactwa, tworzy prawo familijne w przedmiotowem znaczeniu. Do tego należy przedewszystkiem prawo małżeńskie i prawo regulujące stosunek rodziców i dzieci (rozdział drugi i trzeci Cz. I ust. cyw. [9]). Ze względu na to, że insty-

---

[7]) *Affinitas non parit affinitatem.* Tak więc nie ma powinowactwa między mężem a żoną brata żony, ani też między bratem męża a siostrą żony i t. p. — O powinowactwie według pr. austr. Ob. DOLLINER I. str. 227 n.

[8]) T. z. pokrewieństwa duchownego (*cognatio spiritualis*), pochodzącego podług prawa kanonicznego z chrztu i bierzmowania, ustawa austr. nie zna (por. RITTNER Prawo kościelne str. 309 n.), ani też stosunku z zaręczyn czyto między zaręczonymi czyli też między jedną z osób zaręczonych a krewnymi drugiej.

[9]) O istocie, przedmiocie i znamionach praw wyłącznie osobowych czyli familijnych była mowa wyżej I. §. 51, §. 64, (ob. szczeg. uw. 7), o różnicy między niemi a prawami obligacyjnemi III. §. 254 uw. 11. — Do cyt. wyżej w § 64 uw. 7 literatury dod. KRAINZ-PFAFF-EHRENZWEIG I. §. 27, który słusznie kładzie wagę na to, że, jakkolwiek stosunki pokrewieństwa i powinowactwa są przedewszystkiem obyczajowymi, prawo bierze je w obronę tym sposobem, że uznaje władzę (*potestas*) mężowską, ojcowską, rodzicielską, nadając mężowi, ojcu lub rodzicom pewne prawa, mające charakter i sankcyę praw prywatnych, i nakładając na osoby, mające te prawa, pewne obowiązki. Tym sposobem tworzy się w około życia

tucya opieki ma na celu zastąpienie opieki ojcowskiej, ustawa przyłącza także odnośne przepisy do prawa familijnego, a nadto obejmuje w tym dziale także przepisy o kuratelach, jakkolwiek te przepisy z prawem familijnem wewnętrznego nie mają związku (rozdział czwarty Cz. I u. c.)[10]).

Z pomiędzy tych rozdziałów traktuje rozdział o prawie małżeńskiem przeważnie tylko o prawach osobowych: stosunki majątkowe między małżonkami traktowane są w części II ust. cyw., urządzającej stosunki prawa obligacyjnego (rozdział 28. Cz. II u. c.). Natomiast w rozdziałach o stosunku rodziców i dzieci i o opiekach i kuratelach mieszczą się tak przepisy prawa osobowego jak i majątkowego.

---

rodzinnego pewien kompleks praw i obowiązków którym, jakkolwiek różnią się od innych praw prywatnych mianowicie praw obligacyjnych, charakteru praw i obowiązków prywatnych odmówić nie można. Z tem najzupełniej zgodzićby się można. Jeżeli jednak KRAINZ upatruje w prawach rodzinnych w przeciwstawieniu do innych praw prywatnych dwie szczególne właściwości t. j. że uzasadniają przewagę uprawnionego, polegającą na upoważnieniu do kierownictwa i wykonywania władzy, a nadto że istnieje przymus publiczno-prawny wykonywania prawa rodzinnego, — to sformułowanie to wydaje mi się trafnem tylko co do tych praw, które tworzą władzę mężowską, ojcowską, rodzicielską; — obok tych jednakże istnieją inne prawa rodzinne, mianowicie żony do męża, dzieci do ojca i do rodziców, które nie nadają żadnej *potestas*, i do których wykonywania żadne prawo publiczne nie zmusza uprawnionych. Są to niewątpliwie prawa, zasadzające się na związku rodzinnym, a odpowiadają im obowiązki, które mogą być dochodzone w części w drodze sądowej. Jednostronności tu wytkniętej nie dopuszcza się ZOLL l. c., odróżniając w pośród praw familijnych takie, których treść stanowi możność żądania opieki, wychowania, utrzymania, zastępstwa i t. p., których treścią jest więc m o c (*Macht*), oparta na obowiązkach świadczeń i usług osobistych, — i takie, które polegają na władzy kierowania działaniem drugich, na podporządkowaniu ich, a których treścią jest władza (*Gewalt, potestas*), oparta na obowiązku posłuszeństwa.

[10]) Por. OFNER w rec. dzieła ANDERSA (Grünh. XVII. str. 413 n.).

Prawo spadkowe, jakkolwiek w wielkiej części polega na stosunku rodziny i pokrewieństwa, tworzy samo dla siebie odrębny dział (rozdział 8. do 15. Cz. II u. c.).

W niniejszem przedstawieniu, idąc za systemem powszechnie przyjętym, traktujemy najpierw, w księdze czwartej, o prawie małżeńskiem, a to tak osobowem jak majątkowem, następnie o stosunkach rodziców i dzieci, o opiekach i kuratelach, w końcu zaś, w księdze piątej, o prawie spadkowem.

CZĘŚĆ PIERWSZA.

O prawie małżeńskiem.

I. O prawie małżeńskiem osobowem.

ROZDZIAŁ I.

O małżeństwie w ogólności.

§. 413.

O zaręczynach.

PROCKNER *Ansichten üb. d. R. des Schadeners. wegen e. Rücktrittes von Eheverlöbniss*, w *Jurist* X. str. 387 n.; DOLLINER I. §. 1—5; PACHMANN *Bem. zur. L. v. Schadenersatz wegen aufgel. Eheverlöbnisse* w *Oest. Vierteljʹ.* III. str. 64 n.; RITTNER *Eher.* §. 47; PFAFF *Gutacht.* str. 34 uw. 132; ANDERS *Familienr.* §. 21.; KRAINZ-PFAFF II. §. 424.; SCHWARTZ *Kann im Falle e. Rücktrittes v. Eheverl. das gegebene Angeld zurückverlangt werden?* w *Jur. Bl.* 1889, Nr. 35; tegoż *Excurse üb. oest. R.* w *Ger. Halle* N. 46; DNIESTRZAŃSKI O zaręczynach w pr. austr., Przegl. pr. i adm. 1899 str. 561 n.; AUERHANN *Co jest zasnoubení kʹ manzelstvi?* (Praga 1858).

I. Zawarcie małżeństwa poprzedzają t. zw. zaręczyny (*Eheverlöbniss, Verlobung*), przez które rozumiemy wzajemne przyrzeczenie dwojga osób różnej płci, iż w przyszłości zawrą między sobą małżeństwo. Jestto umowa dwustronna [1]), która przed-

---

[1]) *Mentio ac repromissio futurarum nuptiarum.* W wyraźnem lub milczącem przyjęciu przyrzeczenia tkwi także zobowiązanie dotrzymania. Przeciwnie DOLLINER I. str. 1. — Jeśli jedna strona zastrzega sobie wolność poślubienia innego, jak DOLLINER str. 2. przypuszcza, — nie ma zaręczyn. Ustawa wspomina obok zaręczyn także o tymczasowem przyrzeczeniu (*vorläufiges Versprechen sich zu ehelichen*). Wyrazy te, połączone z poprzednimi (*ein Eheverlöbniss*) słówkiem „czyli“

stawia się jako przygotowawcza *(pactum de contrahendo matrimonio)* o tyle, że przedmiotem zobowiązania jest zawarcie umowy małżeńskiej w przyszłości (*sponsalia de futuro*)[2]. Jednakże prawo austryackie pozbawiło tę umowę wszelkiej doniosłości pod względem mocy obowiązującej. Nie pociąga ona bowiem za sobą prawnego zobowiązania ani do zawarcia małżeństwa, ani do świadczenia tego, co na przypadek odstąpienia umówiono[3]), bez względu na to, wśród jakich oko-

---

(*oder*), określają to samo pojęcie, nie zaś — jakby się zdawać mogło — pierwsze umowę, a drugie jednostronne przyrzeczenie, gdyż wyrazy „*sich zu ehelichen*", nie zaś „*Jemanden zu ehelichen*", wskazują, że i przyrzeczenie poślubienia musi być wzajemnem. Por. także DNIESTRZAŃSKI l. c. str. 565 n. Mylne więc jest tłumaczenie WACYKA-SZUCHIEWICZA-CZERMAKA: zaręczyny l u b (zamiast c z y l i) w s t ę p n e (zamiast p o p r z e d z a j ą c e) przyrzeczenia... p o c i ą g a (zam. p o c i ą g a j ą). Trafniej LIPIŃSKI, KASPAREK-ZATORSKI (tekst urzęd.).

[2]) Ob. RITTNER str. 358, ANDERS str. 86. — Konstrukcyę tę uważa DNIESTRZAŃSKI za „nieprawdziwą" z powodu, że żaden obowiązek zawarcia umowy z takiego *pactum* nie wynika. — Nie można jednakże powiedzieć, że umowa zaręczynowa nie ma żadnych skutków prawnych, gdyż w razie zerwania jej wynika obowiązek wynagrodzenia szkody. A zresztą i *p. d. contr.* z §. 936 u. c. w pośród pewnych okoliczności nie obowiązuje do zawarcia przygotowanej umowy. SOHM *Das Recht d. Eheschliessung* twierdzi, że umową zaręczynową zawarte już zostaje małżeństwo, t. j. że umowa ta uzasadnia stosunek małżeński, który powoduje jednak tylko ujemny skutek tegoż, t. j. obowiązek wierności małżeńskiej, zaślubiny zaś są tylko wykonaniem zaręczyn „tradycyą". Zaręczyny są aktem prawnym, zaślubiny inwestyturą (*Auflassung*), która powoduje skutki pozytywne, t. j. stosunek spólności małżeńskiej. Zdanie to, mimo znakomitej obrony, pozostało odosobnionem i autor sam je później zarzucił. Ob. FRIEDBERG *Verlobung u. Trauung* (1875), repl. SOHM pod tym samym tytułem (1875), FRIEDBERG *Lehrb. d. kath. u. protest. Kirchenr.* (1895) str. 410 uw. 13 i tamże cyt. autorów.

[3]) Podług proj. ter. (I. 3 n. 5) zaręczyny uzasadniały obowiązek zawarcia małżeństwa „*mittelst priesterlicher Zusammengebung*"; podobnie proj. HORTENA (I. 3 §. 14–16). Pismem odręcznem z 17. listopada 1781 ces. Józef zażądał od komisyi kompilacyjnej opinii o wnioskach anonima, który do-

liczności i pod jakimi warunkami była zawartą (§. 45 u. c.)[4]. Ustawa wychodzi z założenia, że małżeństwo powinno być wynikiem zupełnie swobodnej decyzyi, usuwa więc wszystko, cokolwiekby mogło, choćby tylko pośrednio, spowodować nacisk na wolę stron. Każda z osób zaręczonych (narzeczonych)

radzał zniesienia przymusu do wykonania zaręczyn. HORTEN przypomniał, że już w r. 1772 usiłowano odjąć judykaturę o zaręczynach Sądom duchownym, i proponował zniesienie wszelkiego przymusu. Większość przyjęła ten wniosek, jednakże oświadczyła się zarazem za przyznaniem wynagrodzenia szkody, spowodowanej zerwaniem zaręczyn i za dopuszczeniem umowy o takie wynagrodzenie. Rezultatem tej uchwały był pat. z 30. sierpnia 1782 l. 73 zb. u. s. (wyprzedzający pat. o małżeństwie z 16. stycznia 1783 l. 117 zb. u. s.), który zaręczynom odbiera wszelki skutek prawny tak w kierunku przyrzeczonego małżeństwa, jak i wynagrodzenia ewentualnej szkody *„da die Eheverlöbnisse weder für den Staat noch für den Privaten nützlich, sondern vielmehr für beide in Rücksicht auf die gezwungenen Ehen schädlich sind“* (wstęp do cyt. pat.). Ob. HARRASOWSKY *Cod. Th.* IV. str. 32 uw. Tożsamo kod. józ. (I, 3 §. 1, 2). Mimo to za świadectwem ZEILLERA (I. str. 173) nawet za panowania kod. józ. przyznawano wynagrodzenie szkody, chociaż — jak słusznie PROCKNER l. c. str. 389 — bez podstawy w ustawie. Za świadectwem obrad komisyi prawodawczej (OFNER I. str. 69) przeciw tak radykalnemu odjęciu skutków prawnych podniosły się głosy. To też proj. Martiniego wprowadził wynagrodzenie szkody spowodowanej *„durch die muthwillige Zurücktretung“* (I, 3, §. 3); ob. o tem HARRASOWSKY V. str. 26 uw. 2. Na podobnem stanowisku zostaje kod. gal. (I. 3, §. 59, 60), którego postanowienia były przedmiotem obszernej dyskusyi przy układaniu ust. cyw. z r. 1811. (OFNER I. str. 69—71, II. str. 336—339).

[4]) A więc bez względu na to, czy było warunkowem, czy bezwarunkowem, czasokresowem, pisemnem czy ustnem, czy poparte było przysięgą itp., czy było wywołane wprowadzeniem w błąd, przymusem i t. p., czy nie. Kwestya, czy w razie zaręczyn między obywatelem austr. a obywatelem państwa, które uznaje moc obowiązującą zaręczyn, ma być rozstrzyganą według pr. austr., czy owego zagranicznego, należy do prawa międzynarodowego. Podług mego zdania sędzia austr. w tym przypadku tylko austr. ustawę zastosować winien, ponieważ przepis §. 45 u. c. jest natury bezwzględnie obowiązującej. Ob. I. § 29 po uw. 5. Por. także DOLLINER str. 7 n. i (PILAT) w Przegl. sąd. i adm. Nr. 30.

ma więc prawo jednostronnego odstąpienia od umowy chociażby bez powodu i usprawiedliwienia [5]).

II. W jednym tylko kierunku przyznaje ustawa zaręczynom skutek prawny t. j. w przypadku odstąpienia zachowuje temu, po czyjej stronie nie zaszedł żaden ku temu powód, prawo żądania zwrotu „rzeczywistej" szkody, jaką poniósł skutkiem odstąpienia (§. 46 u. c.). Wynagrodzenia szkody domagać się tedy może od odstępującego druga strona tylko wówczas, jeśli po jej stronie nie było powodu, uzasadniającego odstąpienie [6]); w przeciwnym razie prawa tego nie

---

[5]) Prawodawcy austr. nie mieli wątpliwości, że odebrać należy zaręczynom wszelką siłę, któraby zniewalała do zawarcia małżeństwa — a to z powodu, że przy tak ważnym akcie należy udaremnić *„alle Uebereilung, Verführung u. dgl., um keine unzufriedenen Ehen zu veranlassen"*. Wyrazy *zieht keine r e c h t l i c h e Verbindlichkeit nach sich* wskazują, że ustawa nie chce dotykać m o r a l n e g o obowiązku dotrzymania słowa. Mimo to jednak nie da się zaprzeczyć, że tym sposobem legalizuje złamanie słowa, a więc coś, co ze stanowiska etyki jest potępionem. Uznała to już komisya kompilacyjna przy rewizyi kod. józ., *„dass der Bruch eines Versprechens nicht zu unterstützen sei, da man dadurch üble Gesinnungen .. fördern würde"*. (HARRAS. IV. str. 33). — Podobnie natrafiła zasada ta na opozycyę przy układaniu kod. niem. Silnie przeciw niej występywali GIERKE, HINSCHIUS, PFIZER, ZITELMANN, HANAUSEK i inni, lecz bezskutecznie. Także podczas drugiego odczytu były wnioski, dążące do nadania zaręczynom mocy obowiązującej (*Prot. d 2. Lesung* IV. str. 1 n.). — Zagrożony w ustawie obowiązek wynagrodzenia szkody (ob. niżej w tekscie), ograniczony zresztą do szkody majątkowej i to do tego stopnia, iż prawie nigdy nie może być wystarczającym, nie zdoła naprawić tego, iż ustawa pozwala złamać słowo, nie żądając usprawiedliwienia. — Kwestya, czy z zaręczyn powstaje zobowiązanie naturalne, w obec brzmienia ustawy *„keine... Verbindlichkeit"* zdaje się być przesądzoną, a jest nadto bez doniosłości w obec tego, że skutki zobowiązania naturalnego (wykluczenie *cond. indebiti*) i tak nie mogą tu mieć zastosowania.

[6]) Przeważającem w literaturze austr. jest zdanie ZEILLERA (I. str. 173), że także odstępujący może się domagać wynagrodzenia szkody, jeżli powód do odstąpienia nie zaszedł po jego stronie. Tak też SCHEIDLEIN I. str. 34, WINIWARTER I. §. 71, DOLLINER I. str. 20, PFAFF *Gutachten*, ANDERS str. 89. Inni jak NIPPEL I. str. 237 n., KIRCHSTET-

ma bez względu na to, czy dany powód polega na winie jej, czyli też na przypadku, który się w jej osobie zda-

---

TER, STUBENRAUCH, RITTNER nie oświadczają się wyraźnie, chociaż jak się zdaje tego samego są zdania. Zdanie to uważam za mylne. Motywa, widoczne z protokołów (OFNER I. str. 71), przewidują tylko kwestyę, kiedy odstępujący jest zobowiązany do wynagrodzenia szkody, a kiedy nie, nie wspominają zaś o tem, iżby mógł się zdarzyć przypadek, że odstępujący miałby oprócz prawa odstąpienia także prawo żądania takiego wynagrodzenia. W szczególności wymieniono tam tylko dwa przypadki: 1) jeżeli odstępuje ten, w którego osobie zdarzył się powód odstąpienia, winien on drugiej stronie (bez względu na to, czy powód zaszedł z winy jego, czy z przypadku), wynagrodzić szkodę, ponieważ jest on *causa materialis* odstąpienia; 2) jeżeli odstępuje ten, w którego osobie powód taki się nie zdarzył, a przypadek ten jest tego rodzaju, iż usprawiedliwia odstąpienie, nie może on być pociągany do wynagrodzenia szkody, bo po jego stronie nie zachodzi powód. Stąd wynika, że chodziło tylko o to, czy odstępujący ma wynagrodzić szkodę, czy nie. — O takim przypadku, iżby odstępujący nie tylko był wolny od obowiązku wynagrodzenia szkody, ale nadto był uprawniony żądać zwrotu szkody od drugiego, nie było wcale mowy przy układaniu kodeksu. — Stąd też wynika, że ustawa, nadając prawo odstąpienia, normuje w §. 46 u. c. jedynie kwestyę, kiedy można odstąpić bez odpowiedzialności za szkodę, a kiedy można odstąpić za wynagrodzeniem tejże. Otóż odstępujący nie ma obowiązku wynagrodzenia szkody, jeśli zaszedł po drugiej stronie fakt, który to odstąpienie usprawiedliwia; — jeśli taki fakt po drugiej stronie nie zaszedł, może on wprawdzie odstąpić także, lecz winien w takim razie szkodę wynagrodzić. — Nie idzie jednak za tem, aby odstępujący nigdy nie miał prawa żądania wynagrodzenia szkody, gdyż w obec braku w §. 46 u. c. przepisu pod tym względem mają zastosowanie ogólne zasady o wynagrodzeniu szkody, a więc prawo odstępującego zależnem będzie od tego, czy zachodzą ogólne warunki takiego wynagrodzenia, czy nie (§. 1295 i nast. u. c.). Tym sposobem odpada też to, czego się lęka PACHMANN *Oest. Viertelj.* III. str. 76 i RITTNER str. 361 uw. 8, iżby szkodę musiał wynagrodzić nawet bezwinny narzeczony, jeśli go dotknęło nieszczęście, uzasadniające odstąpienie drugiego (n. p. jak przytacza PACHMANN, gdyby narzeczona ociemniała lub utraciła nos). Rażąca ta konsekwencya wykraczałaby nie tylko przeciw tendencyi ustawy, ograniczającej obowiązek wynagrodzenia szkody, lecz także przeciw

rzył[7]). Gdyby po obu stronach zaszedł powód odstąpienia, nie może być mowy o obowiązku wynagrodzenia szkody, bo wówczas nie ma nikogo, kogoby ustawa do żądania tego uprawniała[8]). Natomiast temu, kto odstępuje od zaręczyn, §. 46 u. c. nie nadaje prawa żądania wynagrodzenia od drugiej strony. Kwestya więc, czy odstępujący będzie miał prawo żądania wynagrodzenia szkody od drugiego, oceniona być musi według ogólnych przepisów o wynagrodzeniu szkody (§. 1295 n., u. c.)[9]).

---

wszelkiemu poczuciu słuszności. Słusznie też PACHMANN i RITTNER dowodzą, że nie podobna, aby ustawa do takich doprowadzić chciała konsekwencyi. A przecież tych konsekwencyi uniknąć nie można, idąc za zdaniem panującem, które nadaje odstępującemu, — jeżeli powody usprawiedliwiające to odstąpienie nie są po jego stronie — prawo żądania wynagrodzenia szkody, choćby bez winy drugiego spowodowanej. Jeżeli zważymy, że przepis §. 46 u. c. jest wyjątkowym ze względu na zasadę: *qui jure suo utitur* (§. 1305 u. c.), to nie uchodzi rozszerzać go na przypadki, wyraźnie w ustawie nie przewidziane. Mylne zrozumienie spowodowała niedość jasna stylizacya wstępu §. 46: *Nur bleibt dem Theile, von dessen Seite...,* który powinien być stylizowany: *Nur bleibt dem anderen Theile, wenn von dessen Seite....*

[7]) Dowodzą tego protokoły (OFNER I. str. 70, 71 n.). Większość bowiem wbrew wnioskowi ref. ZEILLERA wyklucza prawo żądania wynagrodzenia szkody, jeśli powód usprawiedliwiający zerwanie zaszedł po stronie żądającego wynagrodzenia bez względu na to, czy polegał na winie jej czyli też na czystym przypadku. Ażeby zaś to uwydatnić, na wniosek wiceprez. HAANA zmieniono pierwotną stylizacyę: *dem Theile, der... keine .. Ursache gegeben hat,* na bezosobowa: *von dessen Seite keine... Ursache .. entstanden ist.*

[8]) NIPPEL l. c. str. 238 i PROCKNER l. c powołują się tu na §. 1304 u. c. twierdząc, że w takim razie ponoszą szkodę stosunkowo a względnie po połowie Że motywowanie to ze względu na §. 46 u. c. jest mylne, dowodzić nie ma potrzeby.

[9]) Ob. wyżej uw. 6. Ze słów *entstanden ist* dedukowano, że nie ma wynagrodzenia szkody, jeśli okoliczności, które uzasadniały odstąpienie, już istniały w czasie zaręczyn. PROCKNER l. c. i orz. 4700. Z protokołów wynika, że nie było wcale zamiarem autorów nadać temu wyrazowi takie znaczenie. Por. wyżej uw. 7, tudzież DOLLINER I str. 19. Natomiast nie ma wątpliwości, że jeżeli kto odstępuje z powodu, o którego istnieniu już w chwili zaręczyn miał wiadomość, to chociażby po-

Kwestya, czy odstąpienie od zaręczyn usprawiedliwione było czy nie, jest kwestyą faktu, którą Sąd ocenić ma po starannem zbadaniu wszelkich okoliczności zachodzących w danym przypadku[10]), przyczem skazówką dla sędziego są wymienione w ustawie okoliczności, które mogą spowodować odmówienie pozwolenia na małżeństwo (§. 53 u. c.), dozwolenie rozdziału od stołu i łoża (§. 109 u. c.), lub rozwodu (§. 115 u. c.). Oprócz tego takimi powodami są niewątpliwie okoliczności, które upoważniają w ogóle do odstąpienia od zawartego *pactum de contrahendo*, a więc, które zdolne są udaremnić cel małżeństwa, albo też podkopać zaufanie stron (§. 936 u. c.), które zatem, gdyby były wiadome wcześniej, zdolne byłyby powstrzymać od zaręczyn.

Co do rozmiaru wynagrodzenia szkody, ustawa każe wynagrodzić tylko „rzeczywistą“ szkodę, o ile poszkodowany udowodni, że ją ponosi skutkiem tego odstąpienia (§. 46 u. c., ust. ost.), zatem tylko szkodę, która wynikła bezpośrednio z jednej strony stąd, iż przyrzeczenie małżeństwa uczynione, z drugiej, iż dotrzymane nie zostało. Obojętnem jest, czy zerwanie nastąpiło wyraźnie, czyli przez czynności konkludencyjne, n. p. zaręczenie się lub zawarcie ślubów małżeńskich z inną osobą. Wynagrodzenie nie będzie więc surrogatem niedopełnienia umowy zaręczynowej, t. j. zaniechania małżeństwa (t. z. *Erfüllungsinteresse*), lecz tylko zwrotem tej szkody, którą druga strona poniosła z powodu daremnego przygotowania małżeństwa (t. z. *negatives Vertragsinteresse*), bez względu na to, czy szkoda w tem ograniczeniu była *damnum emergens*, czy *lucrum cessans*[11]). Uprawnionym do żądania zwrotu

---

wód był tego rodzaju, iżby w ogóle mógł usprawiedliwić odstąpienie, odstępujący nań powoływać się nie może, gdyż było rzeczą jego wówczas nie zaręczać się. Por. NIPPEL str. 239.

[10]) Uznawano to podczas obrad (OFNER I str. 70 n.), że niepodobna wdawać się pod tym względem w bliższe szczegóły.

[11]) Wynika to z protokołów. W kod. gal. § 60 I. użyty był zwrot *Ersatz des Schadens*. Nadw. komisya rewizyjna chciała ograniczyć obowiązek do zwrotu wydatków, „o których można udowodnić, że były poniesione w widokach zawrzeć się mającego związku małżeńskiego“, a motywowała tę stylizacyę w taki sposób, aby nie rozumiano przez *Ersatz des Schadens* także ubytku w zysku (*lucrum cessans*). ZEILLER przytaczał, że bywają przypadki,

szkody jest podług §. 46 u. c. tylko narzeczony lub narzeczona, a nie zaś kto inny [12]).

w których nie tylko poczyniono wydatki, lecz poniesiono także inne szkody, i proponował dodanie słówka *des wirklichen* albo *eigentlichen* (*Schadens*). Inni wotanci nie sprzeciwiali się takiemu ograniczeniu wynagrodzić się mającej szkody, lecz nie uważali, iżby wniosek ZEILLERA trafnie je określał, *da jeder Schade, wenn selber gehörig bewiesen... eigentlich oder wirklich ist*. Zatrzymano więc tekst kod. gal. (*Ersatz des Schadens*), dodając, że tenże takst wskazuje na to, *dass nur auf denjenigen, aber auch auf allen denjenigen Schaden erkannt werden soll, welchen der schuldlose Theil aus dem Rücktritte zu erleiden beweisen kann*. Tym sposobem uchylono proponowane ograniczenie na *damnum emergens*, zarazem ograniczono szkodę do tej, którą spowodowało niedotrzymane przyrzeczenie. Stąd wynika, że podług zamiaru większości wynagrodzenie szkody polegać winno na przywróceniu tego stanu, jaki byłby istniał, gdyby niedotrzymane przyrzeczenie wcale nie było uczynione t. j. na tem, co IHERING (*Jahrb. f. Dogm.* IV str. 16 n.) nazwał *das negative Vertragsinteresse*. (O tem pojęciu w przeciwstawieniu do t. z. *Erfüllungsinteresse* ob WINDSCHEID II §. 307 uw. 5). Przy powyższem określeniu pozostała większość wotantów i później, mimo wniosków PRATOBEVERY i SONNENFELSA, dążących do bliższego określenia wyrazów *Ersatz des Schadens* (OFNER II str. 337 n.). Wprawdzie ZEILLER później dopisał wyraz *wirklichen* (*Schadens*) (OFNER l. c. uw. 11), lecz tym dopiskiem nie zmienił znaczenia, jakie większość nadawała temu zwrotowi, gdyż większość wprawdzie zgodziła się na to, iżby tylko „rzeczywista“ szkoda była wynagrodzoną, lecz za rzeczywistą poczytywała w s z e l k ą szkodę, zatem i *lucrum cessans*. — Praktyka najw. Trybunału trzyma się prawie wyłącznie tego zdania, że bez względu na stopień winy należy się wynagrodzenie tylko t. zw. *damnum emergens* z wyłączeniem *lucrum cessans*. Por. orz. 3074, 4700. — Kwestya rozmiaru wynagrodzenia szkody była także przedmiotem obszernych debat przy układaniu kod. niem. §. 1298 kod. niem. przyznaje, (jeśli nie było ważnego powodu do odstąpienia) drugiej stronie, tejże rodzicom lub nawet osobom trzecim *den Schaden... der daraus entstanden ist, dass (sie) in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind*, a drugiemu narzeczonemu *auch... den Schaden... den (dieser) dadurch erleidet, dass er in Erwartung der Ehe sonstige, sein Vermögen berührende Massnahmen getroffen hat*. Por. ciekawe obrady w *Prot. 2. Lesung* IV str. 3 n.

[12]) Inaczej podług kod. niem. Ob. przytoczony w poprzedniej uwadze §. 1298.

III. Wymówienie sobie naprzód kary umownej albo kary za zawód, lub danie zadatku jest według wyraźnego przepisu §. 45 u. c. nieważnem; nie wywołuje żadnego prawnego obowiązku, chociażby nawet tylko naturalnego. Gdyby takie umówione świadczenie wykonane było, może być wpośród warunków §. 1331 u. c. zwrot jego żądany za pomocą *condictio indebiti* [13]). Przyrzeczenie zaś takiego wynagrodzenia po rozwiązanych już zaręczynach jest ważnem [14]).

IV. Ze względu, że z umowy zaręczynowej żadne prawa ani obowiązki nie wynikają, nie może się podług prawa austr. rozchodzić o to, czy umowa ta jako umowa ważna istnieje, czy nie (§. 865 u. c. i nast,). Rozstrzygającym bowiem jest z jednej strony fakt, że przyrzeczenie było dane, z drugiej fakt, że nie było dotrzymane [15]). Kwestye jednakże, czy strony miały zdolność do zawierania umów, czy zachodziło prawdziwe zezwolenie, możność świadczenia i t. d., wpływać mogą jedynie na ocenienie obowiązku wynagrodzenia szkody [16]). Rozumie się jednakże, że przyrzeczenie, ażeby mogło skutek taki odnieść, powinno pochodzić od osoby, która w ogóle do przyzwolenia na małżeństwo, choćby tylko za spółudziałem innych (ojca, opiekuna i t. p.), zdolną była; skutkiem czego przyrze-

---

[13]) Na to autorowie szczególnie zwracali uwagę. Gdy kod. józ. wszelkie skutki zaręczynom odebrał, wówczas za świadectwem protokołów (OFNER I str. 69) poczęto wymawiać sobie kary konwencyonalne Z tego powodu stylizowano § jak w kod. gal., *um hiebei die Strafgelder, welche kein Schaden sind, auszuschliesen.* Różnica, jaką czyni DNIESTRZAŃSKI l. c. wykluczając *cond. indeb.*, jeśli płacący płaci całkiem dobrowolnie i bez przymusu, a dając mu tę kondykcyę w razie gdyby płacił choćby tylko na żądanie drugiej strony, nie wydaje mi się być uzasadnioną. W obec tego bowiem, że w każdym razie to, co z tego tytułu zapłacono, jest *indebitum* (*keine Verbindlichkeit*, §. 45 u. c.), kondykcya jest uzasadnioną.

[14]) Por. orz. 12111 i GELLER-JOLLES I Nr. 56. Natomiast odmówiły Sądy przyznania przyrzeczonego wynagrodzenia za zaniechanie przeszkodzenia nowemu małżeństwu, dla braku aktu notar. w orz. *Centr. Bl.* r. 1898 Nr. 120.

[15]) RITTNER str. 361, przeciwnie ANDERS str. 87.

[16]) I tak n. p. kwestya, czy przyrzekający wiedział już w czasie przyrzeczenia, że istnieje przeszkoda lub zakaz małżeństwa.

czenie, dane przez osobę niżej lat czternastu, lub chorego umysłowo, nawet obowiązku wynagrodzenia szkody z odstąpienia od zaręczyn uzasadnić nie może.

V. Nieco odmiennym prawidłom podlega prawo żądania zwrotu darowizn, uczynionych ze względu na zawrzeć się mające małżeństwo, w przypadku, jeżeli przyrzeczone małżeństwo do skutku nie dojdzie (§. 1247 u. c.)[17]. Takie darowizny wówczas bez względu na to, czy darującym jest jedna z osób narzeczonych, czyli też osoba trzecia, odwołane być mogą:

1) jeśli przyrzeczone lub uczynione zostały ze względu na zawrzeć się mające małżeństwo[18]), bez różnicy, czy ten wzgląd był wyraźnie wypowiedziany, czyli też ze stanu rzeczy się rozumiał (zastrzeżenie milczące, *Voraussetzung*);

---

[17]) W kod. gal. opiewał ten §. 55 III (w rozdz. o darowiznach): *Wenn ein verlobter Theil dem anderen in Rücksicht auf die künftige Ehe etwas zusichert oder schenkt, oder wenn ein Dritter beide um die Heurath zu befördern unterstützt, so entsteht ein zweiseitiger Vertrag und keine eigentliche Schenkung. Andere unbedingte Hochzeitsgeschenke werden als unentgeltliche Verträge angesehen.* Stąd wynika, że kod. gal. darowizny czynionej ze względu na zawrzeć się mające małżeństwo nie uważał za darowiznę, lecz za świadczenie, przyrzeczone lub uczynione w przypuszczeniu wzajemnego świadczenia t. j. przyzwolenia drugiej strony na małżeństwo. Na posiedz. z 18. lutego 1805 uchwalono §. ten opuścić, ponieważ byłby on uzasadniony tylko wówczas, gdyby zaręczyny miały skutek; skoro zaś tymże odebrano wszelki skutek, przepis taki byłby niezrozumiałym i chwiejnym (OFNER II str. 26 §. 55). Powrócono jednak do tego przedmiotu później (2. września 1805), gdy była mowa o tem, czy to, co mąż żonie w kosztownościach daje, ma być uważane za darowane, czy wygodzone. W tej mierze zadecydowano, że domniemanie ma przemawiać za bezwarunkową darowizną. Lecz wówczas ci, którzy głosowali za takiem domniemaniem, oświadczyli, że domniemania tego nie chcą rozszerzać na przypadek sponsaliów, skutkiem czego dodano ustęp ostatni: *Was aber ein verlobter Theil dem anderen in Rücksicht auf die künftige Ehe etwa zusichert oder schenkt, kann bei nicht erfolgter Ehe zurückgenommen werden* (OFNER II str. 147). Tekst ostateczny §. 1247 u. c. uchwalony został dopiero 16. listopada 1807 (OFNER l. c. uw. 1).

[18]) Ob. o tym przedmiocie HOFMANN *Schenkungen unter Gatten und Brautleuten* w Grünh. VIII str. 312 i DNIE-

2) jeżeli małżeństwo udaremnione zostało bez winy darującego.

do 1. Wyrażenie się ustawy: „darowizny uczynione ze względu na przyszłe małżeństwo“ wskazuje, że nie wszystkie darowizny między zaręczonymi lub też przez osoby trzecie zaręczonym uczynione, lecz tylko takie ulegają odwołaniu, których bezpośrednim i wyłącznym motywem było małżeństwo, a więc, które albo miały na celu przygotowanie związku małżeńskiego lub też służyć miały na cele przyszłego pożycia małżonków. Nie mogą być więc odwoływane podarunki, uczynione ze względu na sam stosunek zaręczynowy, uświęcone zwyczajami towarzyskimi jak n. p. bukiety i inne choćby kosztowne drobiazgi, traktamenta i t. p.

do 2. Z końcowych słów §. 1247 u. c. wynika, że rozchodzi się tu o winę tego, który darowiznę uczynił, bez względu na to, czy jestto jedna z osób zaręczonych czyli też osoba trzecia, czy darującą jest osoba odstępująca od zaręczyn, czyli druga strona [19]. Czy zaś wina taka zachodzi, jest rze-

---

STRZAŃSKI l. c. str. 781 n. i cyt. tamże aut. Słusznie DNIESTRZAŃSKI l. c. zwraca uwagę na przepisy proj. terez. I 3 n. 51, 52, które odróżniają podarunki takie *so vor dem Eheversprechen ohne dessen ausdrücklicher Bedingung zu blosser Bezeigung der Liebe und Zuneigung geschehen*... i takie, *welche vor dem Eheversprechen mit dem*... *Beding der künftigen Ehe*... *gemacht werden.* Stylizacya §. 1247 u. c. mogłaby wywołać mniemanie, że wyrazy *in Rücksicht auf die Ehe* odnoszą się tylko do darowizn przez trzecie osoby uczynionych. Słusznie jednak DOLLINER I str. 26 i *Zeitschr. f. oest. R.* 1837. II str. 17 odnosi je także do darowizny strony narzeczonej. O tych wyrazach *in Rücksicht auf die künftige Ehe* por. (OFNER II str. 26) mon. łak. wied., który wychodząc z założenia, że każdy nawet bezwarunkowy podarunek ślubny jest czyniony ze względu na przyszłe małżeństwo, proponował zastąpienie tych wyrazów zwrotem *als Beweggrund zur künftigen Ehe.* Wówczas jednak nic nie uchwalono gdyż cały § postanowiono opuścić.

[19]) Wyrazy „bez winy darującego“ dopisane były dopiero później przez ZEILLERA (OFNER l. c. uw. 1). — Że samo odstąpienie od zaręczyn nie uzasadnia winy, wynika z samej istoty rzeczy. Por. orz. 14182. — Niema powodu sądzić, iż skarga o zwrot darowizny nie przechodzi na spadkobierców darującego (jak sądzi orz. 4520); okoliczność bowiem, że opiera

czą ocenienia sędziowskiego w konkretnym przypadku, przyczem, w obec braku innych skazówek w ustawie, zastosowane być muszą ogólne pojęcia o winie (§. 1294 u. c.)[20]).

VI. Do ważności zaręczyn ustawa nie przepisuje żadnej szczególnej formy, wzajemne przyzwolenie może więc być objawione nie tylko wyraźnie, lecz i przez czynności konkludencyjne (863 u. c.)[21]).

§. 414.

O małżeństwie i umowie małżeńskiej.

MICHEL *Beiträge zur Gesch. d. oest. Eherechtes* 1870/71; RITTNER *Eherecht* §. 1—3 i cyt. tamże, §. 23; tegoż *Das Eherecht bei den Civilisten* w GRÜNH. II. 497 n.; ANDERS *Familienrecht* (1887) §. 2—4 i cyt. tamże; tegoż *Grundriss des Familienrechtes* §. 1, 2; KRAINZ (PFAFF) II. §. 423, 424; — GRUNWALD w *Not. Ztg.* 1878 N. 21—24; — SINGER *Beitr. z. Eher.* w Ger.-Ztg. z 1877 Nr. 77—84; — SCHWARTZ *Excurse über oest. bgl. R.* w *Ger.-Halle* 1890 N. 46, 1891 N. 29—41, 46-50; — GELLER *Oesterr. bgl. Recht* I. 130 n.; — Ze stanowiska prawa pryw. międzynarodowego (PILAT ZYGM.) Małżeństwa cudzoziemców w Austryi i obywateli austr. za granicą. Przegl. sąd. i adm. 1880 N. 22 n.

---

się na stosunku osobistym spadkodawcy, nie odbiera jej charakteru prawa majątkowego.

[20]) Niesłusznie zd. m. zwala orz. 9424 ciężar dowodu braku winy na żądającego zwrotu, skoro wina po stronie jego jest zasadą excepcyi obdarzonego. Tego zdania też DNIESTRZAŃSKI l. c. str. 802. — Por. także orz. 14182. — Kod. niem. prawo żądania zwrotu darowizny między zaręczonymi reguluje podług zasad o nieusprawiedliwionem wzbogaceniu się (§. 1301). Kondykcyę wyklucza jednak, jeśli zaręczyny przez śmierć rozwiązane zostają i ustanawia krótsze (2 letnie) przedawnienie prawa żądania zwrotu. Por *Prot. d.* 2 *Lesung* IV. str. 10 n.

[21]) ANDERS str. 87 *de lege ferenda* nie pochwala tego. SCHEURL str. 366 uważa to za wielki brak, iż prawo pospolite nie przepisuje żadnej formalności dla zaręczyn. Gdzie jak w pr. posp., z zaręczyn powstawał zaskarżalny obowiązek zawarcia małżeństwa, możnaby się zgodzić z tem zdaniem. Dla pr. austr. niema powodu do jakichkolwiek formalności.

I. Małżeństwo jest instytucyą w pierwszym rzędzie religijną i obyczajową. Gdy zaś jest zarazem podwaliną rodziny, a tem samem społeczności i państwa, jest ono też instytucyą społeczną. To jest powodem, że prawo niem zajmować się musi. Treść stosunku małżeńskiego znajduje określenie po za zakresem prawa w dziedzinie etyki i religii, prawo zaś normuje warunki jego powstania, istnienia i zgaśnięcia, tudzież jego skutki, o ile w zakresie jego objawić się mają [1]).

---

[1]) Do drugiej połowy 18. stulecia nie było w krajach austryackich świeckiego prawa małżeńskiego. O prawnem istnieniu małżeństwa rozstrzygało wyłącznie prawo kościelne, o skutkach cywilnych wyłącznie prawo świeckie. Wyrazem tej zasady był proj. terez., który stanowił (I, 2, §. IV. n 65): *Das Band, welches zwischen Mann und Weib besteht, insoweit es den Ehestand selbst betrifft, ist geistlichen, dahingegen sind alle desselben Wirkungen in zeitlichen der weltlichen Obrigkeit unterworfenen Dingen, weltlichen Rechts.* — Na temsamem stanowisku zostawał projekt HORTENA (I, 3, §. 1 n.), poddając małżeństwo jako sakrament jurysdykcyi kościelnej, a świeckiej prawa małżonków z kontraktu wzajemnie wynikające. To zapatrywanie uzyskało sankcyę decyzyą cesarską z 9. stycznia 1773 (HARRAS. IV. str. str. 29 uw. 1). W r. 1782 nastąpił pewien zwrot w zapatrywaniach. Wedle opracowanego w tymże roku przez HORTENA sprawozdania przyjęto co do katolickiego małżeństwa zasadę, że uchwały koncylium trydenckiego powinny mieć moc obowiązującą tylko o tyle, o ile przez uznanie ze strony panującego staną się ustawami świeckiemi. Nie chciano niczego postanowić, coby się sprzeciwiało istniejącym zasadom wiary katolickiej, a tem mniej odrzucać przepisy kanoniczne, lecz uważano za konieczne zbadać je i — nie wiążąc się nimi — oprzeć nową ustawę na interesie publicznym (*allgemeiner Wohlstand*, HARRAS l. c str. 134). Ułożony na tej zasadzie pat. o małż. z 16. stycznia 1783 l 117 zb. u. s. i przepisy kod. józ. odbierają jurysdykcyę małżeńską sądom duchownym co motywowano między innemi tem, że „małżeństwo jako sakrament żadnych sporów wywoływać nie może“. Na tem też stanowisku, opartem na pochodzącej z Francyi teoryi o dwoistej naturze małżeństwa jako sakramentu i jako kontraktu (por. FRIEDBERG. *Das Recht der Eheschliessung* str. 547; RITTNER *Eher.* str. 15, Prawo kość. kat. II. str. 290), zostało ustawodawstwo małż. w Austryi do najnowszych czasów — z małą przerwą co do małżeństw katolickich, o której poniżej. — Odtąd obejmują ustawy i projekty o mał-

Jakkolwiek określonoby małżeństwo ze względu na jego istotę etyczną i religijną, ze stanowiska prawa możemy je

---

żeństwie już wszelkie przepisy o zawarciu, przeszkodach i nieważności małżeństwa, zgodne wprawdzie w głównych punktach z prawem kościelnem różnych wyznań, lecz będące wypływem świeckiej władzy prawodawczej. Kolizye, jakie się stąd wywiązywały między władzami kościelnemi a świeckiemi, łagodzone były w praktyce najczęściej wyrozumiałością władz świeckich, która dochodziła częstokroć do tego stopnia, iż wydawano tajne instrukcye, zostające w sprzeczności z przepisami ogłoszonymi (por. n p DOLLINER I str. 282 n.). Za panowania Franciszka I. i Ferdynanda ścierały się z jednej strony prąd kościelny, dążący do powrotu do zasad kanonicznych, a z drugiej strony tendencye józefińskie, dążące do oswobodzenia prawodawstwa świeckiego; rokowano z rozmaitym skutkiem o zmiany przepisów w duchu kościelno-katolickim (FRIEDBERG l. c. str. 145), lecz rokowania te doprowadziły do stanowczego dla kościoła katolickiego rezultatu dopiero za panowania Franciszka Józefa I. przez zawarcie konkordatu z 18. sierpnia 1855 ze stolicą apostolską (ogłosz. pat. z 5. listopada 1855 l 195 dz. u. p.), którego ust. X. postanawia, że „także w sprawach małżeńskich sędzia kościelny według ustaw Kościoła Bożego, mianowicie rozporządzeń trydentyńskich orzekać będzie a tylko skutki cywilne małżeństwa odsyłać będzie do sędziego świeckiego". Stosownie do tego postanowienia powróciła jurysdykcya w sprawach katolickich małżeństw do sądów kościelnych, nadto ogłoszoną została patentem z 8. października 1856 l. 185 dz. u. p. ustawa o małżeństwie katolików w Austryi jako dodatek I., a instrukcya dla sądów duchownych w Austryi jako dodatek II. do tego patentu. Od 1. stycznia 1857 zniesiony też został rozdział II. kod. cyw. dla małżeństw katolickich, a obowiązywał już tylko innowierców. O tymże patencie ob. SCHULTE *Das Eherecht der Katholiken* (1857) i tegoż *Erläuterung des Gesetzes über die Ehen der Katholiken im Kais. Oesterreich* (1856), BINDER *Prakt. Handb. des kath. Eher.* (wyd. II, 1857). Ustawy te w przekładzie polskim ob. w wyd. ZATORSKIEGO i KASPARKA (1875) str. 83—111. O instrukcyi dla sądów duchownych por. HARUM w HAIM. *Viertelj.* I. str. 24, SCHULTE tamże str. 290, PACHMANN w HAIM. *Magazin* XV. str. 71. Przepisy pat. z 8. paźdz. 1856, ustawę małż. i instrukcyę tymże patentem publikowaną zniósł w 11 lat później art. I. ustawy z 25 maja 1868 l. 47 dz. p. p., przywracając zarazem także i dla katolików moc obowiązującą II. rozdz. kod. cyw. — O za-

określić jako polegający na zgodnej woli, a przez prawo uznany związek dwojga osób różnej płci, powodujący najściślejszą między niemi spólność życia i w tejże spólności uzasadnione szczególne stosunki, czyli, krótko mówiąc, wytworzenie rodziny [1]).

---

prowadzonem tą samą ustawą t. z. cywilnem małżeństwie z konieczności i o innych przepisach tejże ustawy tudzież ustawy z 9. kwietnia 1870 l. 51 dz. u. p., urządzającej stosunki małżeńskie osób, nie należących do żadnego, prawnie uznanego kościoła, będzie mowa w odpowiednich miejscach niniejszej części.

[1]) AHRENS *Naturrecht* wyd. 6 (1871) II. str. 227 Wszystkie określenia małżeństwa, jako związku obyczajowego i religijnego, wykraczają po za zakres prawa. Tak już źródła rzymskie: *conjunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* (L 1. D. de ritu nupt. 23, 2)... *viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens* (§. 1 Inst. de patr. pot. 1, 9) i kanon.: . *viri et mulieris maritalis conjunctio, inter legitimas personas individuam vitae consuetudinem continens* (*Catech. Rom* P. II c. 8 q. 3, — o tem PACHMANN *Kirchenrecht* wyd. 3. II, str. 243 w uw. q.). . *La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels, a porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* (PORTALIS). Słusznie RITTNER str. 3 podnosi, że definicya małżeństwa ze stanowiska etyki zależy przedewszystkiem od tego, co podanem zostaje jako cel związku małżeńskiego. — Komisya kompilacyjna uważała małżeństwo jako „związek męża jako głowy domu a kobiety nie tylko jako pomocnicy, lecz nierozłącznej towarzyszki życia i uczestniczki stanu, godności i praw męża i szczęścia i nieszczęścia tegoż“. W czasie układania kod. cyw. była jednakże podobna rozmaitość zdań pod tym względem, jak i teraz. ZEILLER konstatuje we wstępnem swem przemówieniu, że cel małżeństwa jest tak nieokreślonym, iż filozofowie prawa nie mogą się zgodzić pod tym względem, — sam zaś przytacza jako cel naturalny: *Die Zeugung vernünftiger Wesen, denen gegen die Urheber ihres Daseins die rechtliche Forderung zusteht, sie nicht als ein beliebiges Machwerk, sondern auf solche Weise zu behandeln, dass sie nicht Ursache haben, das Leben als eine Bürde und die Zeugung als eine Verletzung ihrer Rechte zu betrachten*; — dodaje jednak, że zaspokojenia popędu płciowego lub płodzenia dzieci nie można uważać za cel jedyny i jedyny warunek związku małżeńskiego, bo w takim razie

Zawiązanie stosunku małżeńskiego przedstawia się podług ustawy jako akt prawny dwustronny czyli umowa (§. 44 u. c.) [3]). Dążąc do bliższego określenia treści tejże umowy,

---

trzebaby przypuszczać. że człowiekowi jest obojętnem, z kim się połączy związkiem małżeńskim, jeśli tylko osoba ta posiada zdatność *zu jenem Naturzwecke*. Uważa więc za dalsze cele: *Zweckmässige Erziehung der in der Ehe gezeugten Kinder, Liebe oder innigste Geselligkeit, vertrauter Umgang, unzertheiltes Interesse der Ehegatten, Erwerbung und Schutz von Seite des Mannes, Sorge für das Hauswesen von Seite des Weibes*. Stąd dedukuje — wedle Zeillera — psycholog i moralista ograniczenie związku małżeńskiego do jednej osoby, ścisłe przestrzeganie wierności małżeńskiej, wzajemne wspomaganie się w nieszczęściu, panowanie i wspaniałomyślne traktowania ze strony męża, łagodną uległość żony. — Wywodząc dalej. że moralność ludzka wymaga poparcia wiary, Zeiller dopuszcza też wpływu kościoła na małżeństwo, który zasługuje na pomoc ustawodawstwa, jeśli ograniczy się do odmówienia pomocy tym, którzy podług ustaw nie mają zdolności do małżeństwa, — do roli świadka przy uroczystem zawiązaniu małżeństwa i do wpajania małżonkom obowiązków. — W końcu podnosi, że małżeństwo jest stowarzyszeniem. podlega więc tak jak inne stowarzyszenia nadzorowi i kierownictwu państwa. Małżeństwo tworzy rodzinę a rodzina jest szkołą, po której państwo oczekuje dostarczenia przyszłych obywateli. Nie może mu więc być obojętnem, czy, kto i w jakiej formie, wśród jakich warunków i z jakimi skutkami małżeństwa zawiązuje. Polityka prawdziwa wiąże się tu z prawem, moralnością i religią. Ustawa małżeńska narodu wykształconego zawiera po największej części tylko objaśnienie, sankcyę i zastosowanie praw naturalnych i ochronę nauk religii o małżeństwie. Lecz rozum prawodawczy wymaga tych modyfikacyi, które cel państwa czyni koniecznemi. Państwo ma władzę ograniczenia naturalnej wolności poddanych ze względu na małżeństwo, chroni ono także i tu swobodę sumienia wyznawców uznanych w państwie wyznań, dopuszcza nawet odstąpienia od praw moralnych ze względu na to, że przymus byłby bezprawnym i stałby się przyczyną większych jeszcze nieporządków moralnych, wyklucza przesądy lub kościelne prawidła, których racya dawno ustała, i odpiera w prawdziwe i pierwotne granice zbyt rozszerzoną władzą zwierzchników kościoła. — Referat ten (OFNER I. str. 65 n.) charakteryzuje jasno tendencyę prawodawców przy układaniu rozdziału o małżeństwie.

[3]) RITTNER str. 161 słusznie zwraca uwagę na to, że niewłaściwie sformułowaną jest kwestya: czy małżeństwo jest

ustawa przytacza, że w niej „oświadczają dwie osoby różnej płci [4]) w prawny sposób [5]) wolę pożycia w nierozerwalnej spól-

---

czy nie jest umową? Raczej zapytać należy: czy powstaje skutkiem umowy? Jeśli weźmiemy „umowę" w teraźniejszem znaczeniu, a nie w dawniejszem, w którem znano tylko umowy obligacyjne, niema wątpliwości, że na to ostatnie pytanie odpowiedzieć należy: tak. Por. SAVIGNY III §. 140, 141 i wyżej I §. 100. Istota małżeństwa nietylko wedle prawa świeckiego, lecz i kościelnego wymaga, iżby zawarcie jego zależało od wolnej woli osób zawierających, iżby było rzeczą ich swobodnej a zgodnej decyzyi. Umowa ta różni się jednak od innych umów prawa prywatnego tem, że treść stosunku, nią uzasadnionego, uchyloną jest w wielkiej części od zgodnej nawet dyspozycyi stron i nietylko unormowaną jest z góry ustawą bezwzględnie obowiązującą, lecz zostaje nadto pod wpływem zasad religii i moralności. Decyzya do zawarcia małżeństwa jest *juris privati*, treść i istnienie stosunku są *juris publici*. Dlatego małżeństwo ma przeważnie naturę publiczną. Por. SCHEURL *Das gem. deutsche Eher.* 1882 str. 34 n., SCHERER *Hdb. des Kirchenrechts* 1891 II. str. 93 uw. 22. Mylnem byłoby zarówno poszukiwać znaczenia stosunku małżeńskiego wyłącznie tylko w zakresie prawa, jak pokładać je wyłącznie w dziedzinie religii i obyczaju. O tem ob. RITTNER P r a w o k o ś ć. 2 wyd. II str. 287 Że podług prawa austr. zawarcie małżeństwa jest umową samoistną, nie zaś tylko spełnieniem umowy zaręczynowej, jak uczy t. z. teorya zaręczynowa (*Verlobungstheorie*), której wybitnym reprezentantem jest SOHM (*Das Recht der Eheschliessung* 1875, przeciw niemu głównie FRIEDBERG *Verlobung und Trauung* 1876), nie powinno ulegać wątpliwości w obec tego, że umowie zaręczynowej (ob. §. poprzedni) odebrał kodeks cyw. wszelką moc obowiązującą do zawarcia małżeństwa (§. 45 u c). Inna teorya t. zw. *Copulaltheorie* wychodzi z założenia, że dopiero *copula* tworzy małżeństwo, poprzednia zaś umowa jest jedynie niezbędnym tegoż warunkiem (por. SCHERER l. c. II. str. 168 i cyt. tamże w uw. 19 autorów). I ta teorya do prawa austr. nie da się zastosować, gdyż wedle tego prawa małżeństwo ważnie jest dokonanem, skoro zgodna wola stron prawidłowo objawiona zostanie.

[4]) Polygamia jak i polyandrya zasadniczo są wykluczone. Ob. o tem SCHERER l. c. str. 87 w uw., str. 88 uw. 8 i cyt. tamże autorów. Że różnica płci jest istotnym warunkiem, dowodzić nie potrzeba.

[5]) A więc odpowiednio do wymogów ustawy. Słusznie na to kładzie nacisk RITTNER Samo połączenie się mężczyzny

ności [6]), płodzenia dzieci [7]), ich wychowywania [8]) i udzielania sobie wzajemnej pomocy“ [9]) (§. 44 u. c.).

---

z kobietą, choćby na mocy zgodnej woli, jest czemś faktycznem, stroną fizyczną małżeństwa, nie wyróżniającą go od płciowego stosunku zwierząt; prawo dopiero czyni stosunek ten stosunkiem prawnym (Prawo kośc. l. c. str. 286).

[6]) Ze stanowiska etyki określenie to jest trafnem. Na polu prawa nie całkiem dopisuje, gdyż małżeństwo nie tworzy spólności prawnej między małżonkami. RITTNER *Eher.* str 5 n. Małżonkowie pozostają osobnymi podmiotami praw pryw. nawet tam, gdzie zaprowadzoną jest spólność majątkowa. Nacisk tu jednak ustawa kładzie na zasadniczą dozgonność małżeństwa.

[7]) Że nie jestto jednak cel istotny, dowodzi, że niemożność osiągnięcia tego celu małżeństwu nie odbiera ważności, jak n. p. małżeństwo *in extremis.* O pojęciu KANTA (*die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechtes zum lebenswierigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften*) ob. SAVIGNY III, str. 318 n., RITTNER str. 4, uw. 5 i 6. Zapatrywanie ZEILLERA jako referenta cyt wyżej uw. 2. Podług *Landr.* prusk. (II 1 § 2) płodzenie dzieci może być wykluczone.

[8]) Nie jestto właściwie celem małżeństwa, lecz jednym z obowiązków z małżeństwa wynikających.

[9]) Wyliczenie celów małżeństwa w ustawie nie jest właściwem, co uznała już komisya kompilacyjna wyrażając że część tych praw jest znaną i nie wymaga dalszego prawodawczego unormowania. Jako główne wzajemne prawo uznano: „*die hänsliche Beywohnung, dass weder der Mann das Weib, noch das Weib den Mann verlassen und sich eigenmächtig von dem anderen abwenden könne*“. Komisya rewizyjna skróciła to określenie dodając uwagę: *Theil dieser Rechte ist ohnehin männiglich bekannt.* HARRAS. I str. 77 uw. 17. Że autorowie ustawy cyw. nie wstrzymali się od wyliczania celów małżeństwa, tłumaczy się tem, iż dawniejszym zwyczajem uważali za konieczne poprzedzić przepisy pozytywne definicyą doktrynerską pojęcia, nie bacząc na to że *omnis definitio in jure civili periculosa.* Nowsze ustawy tego nie czynią. Por. n. p. kod. Napoleona i inne za jego wzorem układane, prawo saskie, niem. prawo małżeńskie, kod. niemiecki. Z literatury austr. zasługuje na uwagę definicya RITTNERA str. 7: związek płciowy między mężczyzną a kobietą, odpowiadający prawu. Moralnego związku płciowego, któryby był przeciwnym prawu, nie ma. Przeciw temu SINGER w *Ger. Z.* 1877 Nr. 78 uw. 7. KRAINZ-PFAFF II §. 423 (za ARNDTSEM i WINDSCHEIDEM): prawny związek dwojga osób różnej płci, celem zupełnej spólności życia.

II. Powszechnie poczytują prawo osobowe małżeńskie jako część prawa prywatnego, a małżeństwo jako stosunek prywatno-prawny [10]). Nie ulega wątpliwości, że sama umowa małżeńska jest natury prywatno-prawnej, lecz równie pewnem wydaje się, że istnienie zawiązanego tą umową stosunku, jego doniosłość i jego trwanie usuwa się od zgodnej nawet dyspozycyi osób interesowanych, a normy regulujące go przeważnie mają charakter bezwzględnie obowiązujących, szczególnie te, które wynikają z istoty małżeństwa jako stosunku w zasadzie dozgonnego i nierozerwalnego. Jestto więc instytucya, która zostaje na rozdrożu między prawem prywatnem a publicznem i mieści w sobie pierwiastki jednego i drugiego. Pierwiastki te wchodzą często ze sobą w kolizyę, a zadaniem prawodawstwa jest pogodzić interes publiczny z wolnością indywidualną. Gdzie kolizya taka usunąć się nie da, interes publiczny musi przeważyć a tem samem wolność indywidualna ulega ograniczeniom.

III. Małżeństwo, jeżeli ważnie zawartem zostało, jest stosunkiem za życia małżonków w zasadzie nierozerwalnym, a to małżeństwo katolickie bezwarunkowo (§. 111 u. c.), małżeństwo niekatolickie o tyle, że rozwiązanie jego nie może nastąpić, chociażby za zgodą małżonków, bez orzeczenia sądowego, polegającego na powodach prawnych (§. 93, 115, 133 u. c.) [11]).

STUBENRAUCH do §. 44: prawnie uznana zupełna i trwała spólność życia. Sztuczną i zawikłaną jest definicya ANDERSA str. 4 i 5. Por. także definicyę KUZMANY'EGO *Kirchenr.* 1856 str. 475 i inne, które cytuje PACHMANN II str. 240.

[10]) SCHEURL *D. gem. deutsche Eher.* str. 7 n. motywuje to twierdzenie tem, iż stosunek ten nie wymaga żadnego szczególnego stanowiska swych podmiotów w społeczności, wchodzą one w ten stosunek bez względu na to iż są członkami państwa. Przyznaje jednakże SCHEURL, że gdyby możność dowolnej dyspozycyi uznano za znamię istotne prawa prywatnego, małżeństwo nie byłoby prawdziwym stosunkiem prywatno prawnym.

[11]) W zastosowaniu do małżeństw katolickich pr. austr. jest surowszem nawet od kanonicznego, które pozwalało na rozwiązanie małżeństwa niespełnionego przez dyspenzę papieską i przez wstąpienie jednego z małżonków do zakonu. Orze-

IV. Umowa małżeńska różni się też od innych umów prawa prywatnego tem, że nie znosi dołożenia warunku. Co do warunku rozwiązującego to niedopuszczalność jego zostaje w związku z nierozerwalnością małżeństwa. Gdy bowiem ustawa cyw. austr. w ogólności nie zna rozwiązania małżeństwa skutkiem woli stron, ustanowienie takiego warunku nie byłoby niczem innem, jak dyspozycyą stron, wykraczającą po za granice im dozwolone. Warunek zawieszający, dodany do umowy małżeńskiej, musiałby zaś stanąć w sprzeczności z przepisem ustawy, który łączy skutek prawny małżeństwa z chwilą zezwolenia obydwóch stron, tem samem zaś nie dopuszcza rozpoczęcia tych skutków od chwili późniejszej [12]). Z powyż-

---

czenie o rozwodzie małżeństwa niekatolickiego ma, jak słusznie zauważa RITTNER str. 346, nie deklaracyjną, lecz konstytutywną (prawo tworzącą) moc.

[12]) RITTNER do tego samego rezultatu dochodzi argumentując, że warunkowe lub czasokresem ograniczone zawarcie małżeństwa musiałoby wytworzyć stan, któryby nie dał się pogodzić z pewnemi zasadami prawnemi, wynikającemi z momentów etycznych. Byłaby to jednakże uwaga *de lege ferenda*, równie jak dalszy argument RITTNERA str. 205, że z zawarciem małżeństwa tyle wiąże się następstw, nawet po za sferę prawa prywatnego wykraczających, że ważnem jest dla prawa ustalić moment, od którego skutki te się poczynają. Podobnie i konieczność udokumentowania małżeństwa zawartego, str. 207, nie dowodziłaby jeszcze niedopuszczalności warunku. Jestto wymóg formalny, który musiałby się nagiąć do wymogów materyalnych. Prawo kanoniczne dopuszcza warunku zawieszającego, tak też § 51 instr. dla Sądów duchownych w Austryi.

Przy obradach o §. 65 I k. gal. ZEILLER utrzymuje, że podług filozoficznego prawa nie ulega wątpliwości, iż małżeństwo może być zawarte pod warunkiem, a gdyby warunek się nie ziścił, byłoby nieważnem, nie sądzi jednakże, iżby według ścisłych zasad katolickich o nierozerwalności małżeństwa można było dopuścić zawierania małżeństw pod warunkiem i ażeby ustawa mogła na to pozwalać. Wówczas bowiem zawieranoby je często dla przezorności warunkowo, aby je później tem łatwiej rozwiązywać można (OFNER I str. 80). Z przebiegu obrad o §. 65 i 67 I kod gal., który to ostatni odpowiada §. 59 u. c., wynika, że mówiono tam głównie o błędzie, któryby miał czynić nieważnem małżeństwo. O warunkach zaś mówiono tylko ubocznie i to tylko o takich, które strony umó-

szych powodów niedopuszczalnem jest też ustanowienie czasokresu czyto rozwiązującego czy zawieszającego[13]). Stąd wynika, że warunkowe zezwolenie na małżeństwo żadnych skutków spowodować nie może[14]).

---

wiły między sobą przed oddaniem zezwolenia, nie zaś o warunkowem uroczystem zezwoleniu, które widocznie uważano wprost za niemożebne. Słusznie tedy RITTNER str. 206 n. twierdzi, iż §. 59 u. c. nie da się użyć wprost dla uzasadnienia niedopuszczalności warunkowego konsensu, jak to czynią wszyscy komentatorowie, a tylko tyle można z dyskusyi wywnioskować, że skoro uznano za niedopuszczalne umówienie jakichkolwiek warunków przed zezwoleniem, to tem bardziej warunkowe zezwolenie uważano za niedopuszczalne.

[13]) RITTNER str. 203.

[14]) Ob. pod tym względem nader przekonywający wywód RITTNERA str. 207 n., który słusznie twierdzi, że oświadczenie warunkowe jest negacyą bezwarunkowego. Gdyby mimo to uważano je za bezwarunkowo ważne, t. zn. warunek za niedołożony, byłaby to fikcya zezwolenia, której ustawa zwłaszcza przy zawieraniu małżeństw dopuścić nie może. Argument zaczerpany z 59 u. c. nie dopisuje, gdyż jak powyżej wykazano, mówi on o warunkach, które przed uroczystem oświadczeniem umówiono co do pewnych przymiotów kontrahentów lub innych okoliczności; o warunkowem oświadczeniu woli przy uroczystem zawarciu małżeństwa nie było tam mowy. Zgodnie z RITTNEREM BURCKHARD II str. 332 w uw 20. Przeciw niemu GROSS w GRÜNH. IV str. 375, który jednak, jak mi się zdaje, nie całkiem dobrze RITTNERA zrozumiał, gdyż nie chodzi o warunek, któryby przy uroczystem zezwoleniu był umówiony, lecz o taki, któryby w samem uroczystem zezwoleniu był zawarty. SINGER w *Ger. Ztg.* 1877 Nr. 78 przyznaje RITTNEROWI słuszność tylko *de lege ferenda*. O warunkowem zezwoleniu na małżeństwo ob. historyczną pracę HUSSAREK V. HEINLEIN *Die bedingte Eheschliessung.*

ROZDZIAŁ II.

O warunkach ważności małżeństwa.

§. 415.

W ogólności.

Ustawa cywilna stawia na czele zasadę, że każdy może zawrzeć umowę małżeńską, komu na zawadzie nie stoi przeszkoda ustawowa (§. 47 u. c.). Wyliczając następnie owe przeszkody, ustawa porządkuje je podług pewnych znamion, tworząc z nich trzy główne grupy.

W szczególności znamieniem pierwszej jest brak zezwolenia a to:

a) dla niezdolności osoby, (choroba umysłowa §. 48, niewłasnowolność §. 49—53, stan wojskowy §. 54);

b) dla braku rzeczywistego pozwolenia (przymus §. 55, stan porwania §. 56, błąd §. 57, stan zapłodnienia małżonki przez innego §. 58);

Znamieniem drugiej grupy jest brak zdolności ze względu na cel, mianowicie:

a) zdolności fizycznej (niemoc płciowa §. 60);

b) zdolności moralnej (zasądzenie na ciężką karę kryminalną §. 61, istnienie związku małżeńskiego §. 62, wyższe święcenia lub uroczyste śluby zakonne §. 63, różność religii §. 64, pokrewieństwo §. 65. lub powinowactwo §. 66, cudzołostwo §. 67, i t. zw. „małżonkobójstwo“ §. 68);

Do tej drugiej grupy (braku zdolności moralnej ze względu na cel) zaliczyć można: uczestnictwo w przyczynie rozwodu (§. 119) i t. z. przeszkodę katolicyzmu ustanowioną dekr. nadw. z 26 sierpnia 1814 l. 1090 zb. u. s.

Znamieniem trzeciej grupy jest brak istotnych uroczystości (§. 69), mianowicie

a) zapowiedzi (§. 70—74);

b) uroczystego oświadczenia przyzwolenia (§. 75—82).

Wedle tych przepisów, przeszkodą małżeństwa jest więc okoliczność, która tamuje dojście do skutku ważnego małżeństwa bez względu na to, czy taką okolicznością jest brak pozytywnego wymogu, czy też istnienie stanu, który nie powinien istnieć, jeśli małżeństwo ważnie ma być zawartem.

Ze względu na istotne różnice, jakie między temi „przeszkodami małżeństwa" zachodzą, tudzież ze względu na to, że zawarcie małżeństwa jest aktem prawnym dwustronnym, dla naukowego przedstawienia zaleca się uporządkowanie ich przedewszystkiem ze stanowiska ogólnych zasad o ważności aktów prawnych, z uwzględnieniem wszakże różnic, uzasadnionych odrębnym charakterem tegoż aktu [1]).

---

[1]) Że uporządkowanie t. z. przeszkód małżeństwa w ust. cyw. nie odpowiada pewnej myśli jednolitej, w nowszym czasie powszechnie uznano. RITTNER (GRÜNH. str. 503) tłumaczy sobie wadliwą klasyfikacyę przeszkód małż. w ust. cyw. tem, że zapoznawano w dawniejszej nauce, iż zawarcie małżeństwa ma charakter umowy, iż więc dla ocenienia ważności tego aktu przedewszystkiem kierować się należy ogólnemi zasadami o ważności umów. — Zarzuca więc przyjęte w prawie kanonicznem pojęcia „przeszkód małżeństwa", a nawet unika tego wyrazu, operując natomiast pojęciem przyczyny nieważności. Przeciw temu SINGER l. c. N. 77, stawiając (N. 79) inną zasadę podziału „przeszkód małżeństwa", mianowicie na takie, które są wynikiem natury kontraktowej aktu zawarcia, dalej na takie, które wynikają z zapatrywania się prawodawcy na religijno obyczajowy charakter małżeństwa, a wreszcie na takie, które prawodawca ustanowił w tym celu, aby zadość uczynić powszechnemu poczuciu prawnemu. Podział ten podług przyczyny prawodawczej zd. m. nie nadaje się do klasyfikacyi pozytywnych przepisów. — ANDERS l. c. odróżnia materyalne i formalne warunki ważności małżeństwa. Do pierwszych liczy warunki odnoszące się do zdolności zawarcia i materyalnej jakości wymaganego oświadczenia woli do drugich wymogi formalne. — To odróżnienie, jakkolwiek prawdziwe, nie może stanowić jednakże dostatecznej zasady podziału poszczególnych przeszkód tak rozmaitej treści. KRAINZ-PFAFF l. c. klasyfikuje przeszkody podług tego, czy odnoszą się do zdolności osobistej (§. 425), czy do dopuszczalności związku małżeńskiego (§. 426), czyli też do prawdziwego zezwolenia (§. 427) czyli w końcu do prawidłowego objawu woli (§. 428). Podział

Z tego stanowiska rzecz biorąc nasuwa się przedewszystkiem:

I. Kwestya zdolności osobistej osób w akcie udział biorących, a zatem zdolności prawnej i zdolności do działania.

A. Niezdolność może być bezwzględną, jeśli ustawa odmawia zdolności do zawierania małżeństwa z kimkolwiek. Taką jest niezdolność z powodu

a) choroby umysłowej lub wieku niedojrzałego (§. 48 u. c.)

b) innych przyczyn niewłasnowolności (§. 49—53 u. c.);

c) niemocy płciowej (§. 60 u. c.);

d) wyższych święceń i uroczystych ślubów zakonnych (§. 63 u. c.);

e) istniejącego małżeństwa (§. 62 u. c.);

f) skazania za zbrodnię (§. 61 u. c.).

Tu należy także t. z. przeszkoda katolicyzmu (cyt. d. n. z 26 sierpnia 1814).

B. Względną jest niezdolność, jeśli ustawa odmawia zdolności do zawierania małżeństwa tylko z pewnemi bliżej wskazanemi osobami. Taką jest niezdolność z powodu

a) pokrewieństwa (§. 65 u. c.).

b) powinowactwa §. 66 u. c.);

c) różności religii (§. 64 u. c.);

d) nastawanie na życie małżonka (§. 68 u. c.);

e) cudzołóstwa (§. 67 u. c.);

f) spowodowania rozwodu (§. 119 u. c.).

II. Mimo zdolności osobistej akt prawny nie będzie ważnym, jeśli zachodzi wadliwość objawionej woli, z powodu której ustawa aktowi odejmuje normalny skutek prawny. Taką wadliwością jest podług ustawy, jeśli zezwolenie na małżeństwo oddane było

---

ten umożliwia zbliżenie się do porządku w ustawie przyjętego. KRAINZ, zarzucając RITTNEROWI (§. 425 uw. 1*d*), iż zbyt szerokie znaczenie nadaje pojęciu niezdolności osobistej, popada w błąd odwrotny nie odnosząc n. p. przeszkody wyższych święceń i ślubów zakonnych do braku zdolności osobistej, choć przeszkoda czyni osobę niezdolną do małżeństwa bardziej aniżeli inne, bo na całe życie, gdy n. p. przeszkoda małoletności, choroby umysłowej i t. p. ustać może.

a) pod wpływem błędu (§. 57—59) lub

b) przymusu (§. 55 u. c.) albo też

c) w stanie porwania (§. 56 u. c.).

III. Ustawa cywilna w końcu czyni ważność umowy małżeńskiej zależną od przestrzegania ściśle przepisanej formy (§. 69 u. c.). mianowicie od

a) zapowiedzi (§. 70—74 u. c.);

b) uroczystego zezwolenia (§. 75—82 u. c.).

W tym tedy porządku przedmiot traktować będziemy.

A) O zdolności osobistej.

§. 416.

O zdolności do zawarcia małżeństwa. — Wiek niedojrzały, choroba umysłowa, inne przyczyny niewłasnowolności.

DOLLINER I. §. 16—23; tegoż *Einige Bemerk. üb. d. Ehehind. d. Minderj.* w *Zt. f. oest. R.* 1834, I. str. 56; RITTNER *Eher.* §. 8, 9; ANDERS §. 6.

Ze względu na szczególną naturę umowy małżeńskiej ogólne prawidła o zdolności prawnej i zdolności do działania w niektórych kierunkach ulegają modyfikacyi.

I. Zupełnie niezdolnymi do zawarcia umowy małżeńskiej są najpierw:

1) dzieci niżej lat siedmiu i niedojrzali niżej lat czternastu (§. 48 u. c.)[1]. Niezdolność ta nie może być usuniętą

---

[1]) To samo postanowienie było zawarte w §. 64 I. kod. gal. W pierwszym odczycie odrzucono wniosek dolno austr. Tryb. apel., iżby granicę bezwarunkowej niezdolności do małżeństwa rozszerzono dla mężczyzn do 18. roku życia. Wniosek motywowano tem, ażeby zawczesne małżeństwa nie szkodziły zdrowiu, — odrzucono go zaś z powodu, że i tak mężczyźni raczej za późno aniżeli za wcześnie wstępują w stan małżeński (OFNER I. str. 94). W drugim odczycie na wniosek PRATOBEVERY uchwalono ustanowić tę granicę dla mężczyzn do ukończonego 18., dla kobiet do ukończonego 16. roku życia (OFNER II. str. 340). Przy superrewizyi poruszył prezydent

przez pozwolenie zastępcy prawnego, gdyż nie polega na braku zdolności do działania, lecz na braku zdolności prawnej [2]). Z tego samego powodu zupełnie niezdolnymi do zawarcia umowy małżeńskiej są także

2) chorzy umysłowo, a więc szaleni, obłąkani i głupowaci [3]), którzy „albo całkowicie pozbawieni są używania ro-

---

HAAN ponownie kwestyę zniżenia granicy do 14 roku. — Przebieg głosowania nie jest wyraźnie podany w protokołach. §. 48 superrew. proj. opiewa, tak jak wyżej, na 16 i 18 lat. Ref. ZEILLER jednakże, niewiadomo kiedy, zanotował na marginesie „*n. b. Unmündige*“ i tak §. ten wszedł do ust. cyw. w brzmieniu teraźniejszem (OFNER II. str. 497 n. §. 47 i tamże uw. 1.; — por. str. 660 uw. 2.). — Uwagi godnem jest, że komisye we Lwowie i w Tryeście pragnęły oznaczenia granicy dla kobiet 12 (!), dla mężczyzn 14 lat (HARRASOWSKY V. str. 33 uw. 19).

[2]) RITTNER *Eher.* str. 65, ANDERS str. 10, upatrują przyczynę niezdolności dzieci (i umysłowo chorych) w braku zdolności do d z i a ł a n i a. Jeśli zdolnością do działania jest zdolność przedsięwzięcia własnych czynności ze skutkiem prawnym (por. wyżej I. §. 35), nie wystarczy odmówić dzieciom tejże zdolności, — gdyż brak jej mógłby być uzupełniony przez działanie zastępcy prawnego, — co tu jest niedopuszczalnem. To wynika z przeciwstawienia §. 48 i 49 u. c., w którym to ostatnim §-ie mowa o prawdziwej niezdolności do działania, mogącej być uzupełnioną pozwoleniem zastępcy prawnego. Por. głos ZEILLERA (OFNER I. str. 74) i HAANA (tamże II. str. 497 n.).

[3]) Że między szalonymi, obłąkanymi, głupowatymi, nie czyni ustawa różnicy, o tem ob. wyżej I. §. 38. Kwestya chorych umysłowo była przedmiotem obszernych rozpraw w kom. prawod. Komisya tyrolska pragnęła pod pewnymi warunkami pozwolić na małżeństwo głupowatych, co odrzucono. Rozprawiano też szeroko o tem, czy i o ile choroby fizyczne należy poczytywać za przeszkody. Za tem przemawiał szczególnie SONNENFELS, przytaczając obrady kom. rew., przyczem głównym argumentem był wzgląd na dziedziczność chorób. ZEILLER zwrócił uwagę na to, że kwestya, które choroby są dziedziczne, jest wątpliwą, i przedstawiał, że zakazując małżeństwa osób dotkniętych fizycznemi chorobami, trzebaby w konsekwencyi rozwiązywać z urzędu małżeństwa, gdyby choroby takie w ciągu ich trwania się pojawiły, czemby jednak nie zapobiegło się złemu, gdyż mężczyźni rozszerzaliby je przez spółkowanie pozamałżeńskie (OFNER I. str. 74—78).

zumu, albo przynajmniej nie są w stanie przewidywać skutków swych czynności" (§. 21 u. c.) i z tego powodu za chorych umysłowo sądownie zostali uznani (§. 273 u. c.). Nie mogą oni zawierać ślubów małżeńskich chociażby w chwilach zupełnej przytomności umysłu (*lucida intervalla*)[4]). Natomiast dopokąd kto nie został uznany za umysłowo chorego, nie jest pozbawiony zdolności do zawarcia małżeństwa, a tylko chodzić może o to, czy w decydującej chwili oświadczenia woli miał wymaganą przy zawieraniu każdego aktu prawnego przytomność umysłu. Gdyby zawarł umowę małżeńską w chwili nieprzytomności umysłu, umowa byłaby nieważną nie dla braku zdolności prawnej, lecz dla braku prawdziwego zezwolenia, tak samo, jak gdyby kto zawarł umowę w stanie opilstwa, w gorączce, wykluczającej przytomność, w stanie hipnotycznym, somnambulizmu i t. p. Stwierdzenie takiego stanu jest wówczas kwestyą faktu[5]).

---

[4]) Tego zdania wszyscy autorowie z wyjątkiem KIRCHSTETTERA str. 77, który twierdzi, że umysłowo chorzy, nawet uznani sądownie, w chwilach przytomności mogą zawrzeć małżeństwo. Przeciw temu zdaniu przemawiają prócz jasnego brzmienia ustawy, także materyały. — Wniosek śr. austr. Tryb. apel., iżby chorzy umysłowo mogli zawierać małżeństwa podczas t. zw. *lucida intervalla*, odrzucono z powodów: że znawcy tylko rzadko mogą orzec, kiedy rozsądek jest tak spokojnym, jak tego wymaga ważność aktu, że rzadko tylko kto zechce poślubić takich nieszczęśliwych, że ze względu na bezpieczeństwo osób nie należy dopuszczać takich małżeństw, że w takich małżeństwach nie możnaby się spodziewać dobrego wychowania dzieci.

[5]) NIPPEL w PRATOB. *Mat.* IV. str. 195 (przeciwnie w komentarzu I. str. 284), tudzież STUBENRAUCH wyd. 1. I. str. 200, wyd. 7. I. str. 138. nie dopuszczają ważności zawarcia małżeństwa przez obłąkanego, choćby sądownie nie uznanego za takiego, nawet gdyby je zawarł w stanie zupełnej przytomności umysłu. Słusznie przeciw temu KIRCHSTETTER l. c. uw. 1. twierdzi, że zdanie to nie ma najmniejszej podstawy w ustawie i doprowadziłoby do tego, że kto raz choćby chwilowo był obłąkanym, nie mógłby już nigdy mieć pewności, że zawarte przez niego małżeństwo nie będzie kiedyś uznane za nieważne. Ob. też WINIWARTER I. §. 75, który zauważa, że niezdolność umysłowo chorego, nie uznanego są-

II. Już nie dla braku zdolności prawnej, lecz dla braku zdolności do działania niezdolnymi są do zawarcia ważnego małżeństwa bez przyzwolenia prawnego zastępcy, a ewentualnie i Sądu opiekuńczego:

1) małoletni od ukończonego czternastego do ukończonego dwudziestego czwartego roku życia (rozumie się, o ile nie zostali wcześniej upełnoletnieni);

2) pełnoletni, którzy z jakichkolwiek bądź powodów sami aktów prawnych zawierać nie mogą, a więc nad którymi sądownie przydłużono władzę ojcowską lub opiekuńczą po za granicę małoletności fizycznej (§. 49 u. c.), zatem także

3) osoby za marnotrawców sądownie uznane (§§. 269, 273 u. c.)[6].

Co do osób wymienionych pod 1, 2, 3 należy odróżnić, czy ślubny ojciec żyje i do zastępstwa dzieci swych jest zdolnym, czyli też nie. W pierwszym razie do ważności ich małżeństwa ustawa wymaga przyzwolenia ojca ślubnego (bez względu na ich fizyczną pełnoletność)[7], w drugim przypadku,

---

downie za takiego, jest jedynie faktyczną, nie prawną, zatem skutki odnosić może tylko o tyle, o ile rzeczywiście będzie udowodnioną dla decydującej chwili. Por. HARUM w HAIM. *Mag.* X str. 246, UNGER II. 27 uw. 8.

[6]) Do takich osób nie należą krydataryusze, co podług ustawy konk. z r. 1868 nie ulega wątpliwości, gdyż ogłoszenie konkursu dotyka tylko stosunków majątkowych (i to nie wszystkich, §. 1 ust. konk.), a nie odbiera krydataryuszowi zdolności do działania (§. 3 ust konk.). Por. wyżej I. §. 40 uw. 1. Już dla dawniejszych ustaw konkursowych to samo utrzymywał HIRSCHFELD w *Zt. f. oest. R.* 1836 I str. 22 n.

[7]) Por. orz. 11069. — Późniejsze pr. kanon. uważało brak przyzwolenia rodzicielskiego tylko za *imp. impediens* — Przeciw temu już dawniej reagowały ustawodawstwa świeckie a w szczególności także prawo austr. Ob. FRIEDBERG *Eheschliessung* str. 140 n. — Ces. Marya Teresa edyktem z 12. kwietnia 1753 uznała zaręczyny małoletnich, bez przyzwolenia zawarte, za nieważne. Protest biskupów cesarzowa odrzuciła (RITTNER *Eher.* str. 18). W §. 5 i nast. kod. józ. wymagano pod nieważnością nie tylko przyzwolenia ojca, lecz w braku tegoż i dziadka ojczystego. Podobnie § 76 I. kod. gal z powodu, że, jak objaśniał ref. ZEILLER przy obradach nad pat. małż. dla Salcburga (OFNER II. str. 338), dziadek w braku

oświadczenia właściwego ich zastępcy (opiekuna, kuratora)[8]) a oprócz tego przyzwolenia sądu opiekuńczego lub kuratelarnego (§. 49 u. c.). Małoletni nieślubnego pochodzenia potrzebuje do ważności małżeństwa, oprócz oświadczenia opiekuna, przyzwolenia władzy sądowej (§. 50 u. c.). Oświadczenie matki wymaganem jest tylko wówczas, jeśli jest zarazem opiekunką[9]). W stosunku adopcyjnym (§. 179 do 185 u. c.)

---

ojca obowiązany jest do dania posagu. — Na posiedzeniu z 11. maja 1807 dano dziadkowi jedynie władzę opiekuna, wymagając tylko oświadczenia się (nie koniecznie przyzwolenia) jego, lecz za to przyzwolenia sądu. Przy superrewizyi (13 listopada 1809) pominięto potrzebę przyzwolenia a nawet oświadczenia się dziadka, bo jeśli jest opiekunem, w tym charakterze będzie słuchany, jeśli nim nie jest widać, że jest do tego niezdolnym, inaczej byłby opiekunem. Wskazywano dalej na to, że dziadkowie są najczęściej uparci i wiekiem umysłowo osłabieni (por. OFNER II. str. 338, 340, 498). — Co do marnotrawców, to w komisyi rew. (7. września 1793) HAAN i FROIDEVO sądzili, że nie należy wymagać pozwolenia zastępcy prawnego, gdyż nie brak im potrzebnej dla zezwolenia rozwagi. Większość była jednak zdania, że każdy za marnotrawcę uznany dał dowody takiego braku rozwagi, iż nie można pozostawić go samym przy tak ważnym akcie. — Przegląd rozmaitych prawodawstw w przedmiocie pozwolenia rodzicielskiego, ob. u FRIEDBERGA *Kirchenr.* (1895) str. 365 n. — Na uwagę zasługuje, że dekr nadw. z 21. października 1814 l. 1105 zb. u s. wymaga pozwolenia ojca ślubnego nawet i w tym przypadku, gdyby ojciec ten był żydem, a chodziło o małżeństwo dziecka, które przeszło na wiarę katolicką.

[8]) Oświadczenie opiekuna nie jest decydującem dla Sądu, musi on jednak być słuchanym. Inaczej §. 76 kod. gal., który wymagał przyzwolenia także i opiekuna. Por. obrady u OFNERA II. str. 498 n. i uw. 1., po których podług dopisku ZEILLERA przyjęto teraźniejsze brzmienie dla zaznaczenia, że Sąd może, mimo sprzeciwienia się opiekuna, na małżeństwo zezwolić, a mimo pozwolenia jego — odmówić.

[9]) Słusznie RITTNER str. 75 uw. 12. gani upośledzenie matki tak ślubnej jak i nieślubnej. ZEILLER — przeciw wnioskowi czeskiego Trybunału apel. — motywował pomijanie matki tem, że potrzeby jej pozwolenia nie uznawało ani pospolite ani dawniejsze austr. prawo, i dodał, że matce wolno uwagi podać czy to opiekunowi czy sądowi, który z urzędu uwzględnić je może.

przysposobiciel obejmuje władzę ojcowską; służy mu więc prawo przyzwolenia tak jak ojcu ślubnemu. Pozwolenie ojca ślubnego byłoby potrzebnem tylko wówczas, gdyby kontrakt adopcyjny odmienne zawierał postanowienie [10]). Dzieci nieślubnego rodu, lecz legitymowane, o ile zostają pod władzą ojcowską, potrzebują również przyzwolenia ojca, o ile zaś mają opiekuna, oświadczenia tegoż i pozwolenia Sądu.

Formę przyzwolenia ojca lub wymaganych w ustawie oświadczeń opiekunów lub kuratorów przepisuje dekr. nadw. z 17 lipca 1813 l. 1065 zb. u. s.[11]), stanowiąc jednak, że

---

[10]) W §. 183 u. c. zrównaną jest władza przysposobiciela z władzą ojcowską, o ile ustawa wyjątków nie zawiera. Rozwiązanie pytania, czy §. 49 u. c. nie jest takim wyjątkiem, zależy od tego, czy prawo ojca ślubnego do zezwolenia na małżeństwo jest uzasadnione we władzy ojcowskiej, czyli też tem, że ojciec obowiązany jest do dania posagu. Zdawałoby się, że to ostatnie ma miejsce. Tak jednak nie jest, gdyż w braku ojca inne osoby są do dania posagu obowiązane, a przecież z tego tytułu nie dano im prawa do przyzwolenia na małżeństwo (por. OFNER II. str. 338). Nie ma więc wątpliwości, że prawo ojca z §. 49 u. c. jest wynikiem władzy ojcowskiej, która przechodzi na przysposobiciela. Tego zdania też komentatorowie, także RITTNER str. 71, ANDERS str. 228 i uw. 19, z dawniejszych SCHULLER *Die Annahme an Kindesstatt* (1837) str. 95, SCHEIDLEIN *Ueb. d. Annahme an Kindesstatt* w *Zt. f. oest. R.* 1840 I. str. 175 n. — NIPPEL I. str. 250 twierdzi, że jeśli zamiast przysposobiciela ojciec ślubny udzieli pozwolenia, małżeństwo nie jest nieważnem. Przeciw temu DOLLINER I. str. 89, WINIWARTER (2. wyd. I. str. 193), RITTNER str. 71 uw. 3, STUBENRAUCH ad §. 49 (7. wyd. str. 141).

[11]) Winno być ono osobiście w obec dwóch świadków w urzędzie parafialnym złożone, podpisem własnoręcznym stwierdzone i do księgi małżeństw wpisane, — a w razie niemożności stawienia się, dokumentem w obec dwóch świadków podpisanym stwierdzone. Jeżeli ojciec nie żyje, wymogi wykazane być powinny dokumentem wydanym przez władzę sądową a wyrażającym dokładnie „przyzwolenie“ opiekuna i władzy sądowej (cyt. w tekscie d. n.). Stąd, iż w powołanym dekr. n. wymagano „przyzwolenia“, nie zaś tylko „oświadczenia“ widać, że autorowie tego dekretu nie zdawali sobie sprawy z tego, że małżeństwo może być podług §. 49 u. c. zawarte nawet wbrew woli opiekuna. Ob. wyżej uw. 9.

pominięcie tej formy nie pociąga za sobą nieważności małżeństwa, jeśli oświadczenie ich woli będzie mogło być udowodnione w innej drodze; wszelako duszpasterz, któryby zaniedbał zażądać tych dowodów przed udzieleniem ślubu, podlega karom zagrożonym w §. 78 u. c.

Gdyby ojciec przyzwolenia na małżeństwo udzielić się wzbraniał, wolno pragnącym zawrzeć małżeństwo, jeśli się tem czują pokrzywdzeni, wezwać pomocy właściwego Sądu (§. 52 u. c.), który podług zachodzących w konkretnym przypadku okoliczności, w toku instancyi ocenić ma, czy odmowa pozwolenia jest uzasadnioną. Gdyby ją uznał za nieuzasadnioną, pozwolenie sędziego zastąpi brak pozwolenia ojca [12]). Jako powody uzasadniające odmowę pozwolenia przytacza ustawa: brak potrzebnego (dla przyzwoitego utrzymania rodziny) dochodu [13]), wykazane lub powszechnie wiadome złe obyczaje, zaraźliwe choroby [14]), albo ułomności cielesne przeciwne celom małżeństwa u osoby, z którą małżeństwo ma być zawarte (§. 53 u. c.). Wyliczenie to jest przykładowem, inne więc powody nie są wykluczone [15]), a Sąd w tej mierze postępować winien podług swobodnego, na zachodzących i zbadać się mających okolicznościach opartego przekonania (§§. 190 do 192 pat. z 9 sierpnia 1854 l. 208 dz. u. p.).

---

[12]) Że przepis ten tylko do ojca, nie zaś do innych zastępców prawnych odnosić się może, wynika stąd, że tylko jego p r z y z w o l e n i e jest wymagane, inni zastępcy zaś tylko o ś w i a d c z y ć się mają (§. 49 u. c.). Z natury rzeczy wynika, że duszpasterz — mimo odmiennego brzmienia dekr. nadw. z 17. lipca 1813 l. 1065 zb. u. s., ob. wyżej w uw. 12. — takiem rozstrzygnięciem sądowem zadowolnić się musi i pozwolenia ojca wymagać nie może.

[13]) Nie zaś majątku; — wystarczy bowiem zdolność do zarobku. Por. orz. 6110.

[14]) Albo dziedziczne. Por. wyżej uw. 3.

[15]) *Monitum* dolno-austr. Tryb. apel., który pragnął jeszcze więcej przyczyn przytoczyć — odrzucono po uwadze referenta, że tekst wskazuje, iż inne nie są wykluczone (OFNER I. str. 96 §. 78). — Przykłady: wielka różnica wieku i wykształcenia, niekiedy różnica stanu (zatrudnienie, poczytane za hańbiące) lub wyznania, skazanie kryminalne, wady charakteru, brak wiadomości o poprzedniem zajęciu, o majątku, lub zbyt krótka znajomość itd.

III. Kwestya, czy obcokrajowiec małoletni potrzebuje przyzwolenia na małżeństwo, rozstrzyganą być winna podług ustaw, którym tenże podlega podług swego miejsca zamieszkania, lub w braku tegoż, podług ustaw, którym podlega według swego urodzenia jako poddany (§. 34 u. c.). Gdyby podług praw tych wymagane było pozwolenie, winien z reguły takiem pozwoleniem się wykazać (dekr. nadw. z 22 grudnia 1814 l. 1118 zb. u. s.). Gdyby jednak nie był w możności dostarczenia go, Sąd tutejszy, któremu małoletni podlegałby podług swego stanu i zamieszkania, gdyby był tutejszym obywatelem, ustanowić winien zastępcę, który ma oświadczyć, czy na małżeństwo pozwala, czyli też mu się sprzeciwia (§ 51 u. c.)[16]), a wówczas Sąd oceni powody tegoż i orzeknie podług swego przekonania bez względu na ustawy obowiązujące małoletniego (dekr. nadw. z 17 lipca 1813 l. 1065 zb. u. s. i dekr. kanc. nadw. z 21 grudnia 1815)[17]) i na oświadczenie ustanowionego zastępcy[18]).

---

[16]) §. 51 u. c. stanowi więc wyjątek od zasady §. 34. u. c, przewidziany zresztą w tymże ostatnim paragrafie („... *insofern nicht für einzelne Fälle in dem Gesetze etwas Anderes verordnet ist*"). Gdy §. 51 u. c. mówi tylko o „małoletnich cudzoziemcach", a §§. 49 i 50 u. c. w ogóle o osobach niewłasnowolnych traktują, nie uchodzi przepis ten analogicznie stosować do innych niewłasnowolnych cudzoziemców (PACHMANN *Lehrb. d. Kirchenr.* II. str. 246).

[17]) Ob. DOLLINER I. str. 105, inaczej pisze NIPPEL I. str. 255 n. Dekr. kanc. nadw. z 21. grudnia 1815 wystosowany do mor.-szląsk. gubernium na podniesione co do znaczenia dekr. z 22. grudnia 1814 l. 1118 zb. u. c. wątpliwości, zresztą niepublikowany (WINIWARTER *Hdb.* I. str 155 n.), mieści w sobie obszerne uzasadnienie i objaśnienie tego dekretu, które nabiera znaczenia przez to, że wydane zostało w porozumieniu z c. k. nadw. komisyą dla ustaw sądowych.

[18]) Co do stosunku z obcemi państwami ob. JETTEL *Hdb. d. intern. Privat u. Str. R* 1.93 str. 30 n, co do obywateli węgierskich podług nowych ustaw tamecznych (art. ust XXXI—XXXIII z r. 1894) ob. GELLER ust. cyw. (1898) str. 145 n., ob. także WACYK-SZUKIEWICZ-CZERMAK str. 108 n.

§. 417.

Wyższe święcenia i uroczyste śluby zakonne.

DOLLINER I. §. 33; RITTNER §. 12, 13; MAASSEN *Unser Eherecht und das Staatsgrundgesetz* (1878); SINGER w *Ger. Ztg.* z r. 1877 Nr. 82; LAURIN *Dr. Weeber u. canon. Recht. Krit. Beleucht. d. Rede Weebers üb. d. feierl. Gelübde d. Ehelosigkeit,* 1876; tegoż *Der Cölibat der Geistlichen nach canon. Recht mit bes. Bez. auf d. R. d. oest.-ung. Monarchie* (1880) str. 216 n.; tegoż *O bezženstvi duchovnich* w *Pravn.* (czesk.) 1878 str. 657 n.; SCHWARTZ *Excurse über oest. b. Recht* w *G. Halle* 1891 Nr. 37; KRASNOPOLSKI *Zur Auslegung des §. 63 des oest. bgl. GB.* etc. 1895; tegoż *Das Ehehinderniss der höheren Weihen nach oest. R.* (1896); GELLER *Ueber die Gränzen d. Anwendb. d. canon. Ehehindernisse in Oesterreich* w *Centr. Bl.* XIV (1896) str. 1025 n., szczeg. 1049 n.; HUSSAREK, recenzya kilku pism polemicznych BRENTANA, KRASNOPNLSKIEGO i ISKA w Grünh. XXIV str. 207 n. Polemika ta dała sposobność KRASNOPOLSKIEMU do gruntownego badania historyi §. 63 u. c. i jego doniosłości, po za tem jednak nie przedstawia interesu dla prawnika.

Ważnego małżeństwa zawierać nie mogą:

a) duchowni, którzy otrzymali już wyższe święcenia *(ordo sacer)*;

b) osoby zakonne płci obojga, które złożyły uroczyste śluby bezżenności (*votum solemne* — §. 63 u. c.).

Ustawa cywilna nie określa bliżej pojęcia „wyższych święceń“ i „uroczystych ślubów bezżenności“; widocznem jest więc, że ma na myśli pojęcia takie, jakie istnieją w odnośnem prawie kościelnem [1]). Kwestya, czy przeszkody te w danym razie istnieją, rozstrzyganą być przeto powinna podług zasad

---

[1]) RITTNER str 87. Jestto *communis opinio*; także i w praktyce, por. orz. z 23 grud. 1853. PEITLER Nr. 17. — G. U. W. 5904, 6141, 8417, 9628, 9888, 13701. Że takim był również zamiar autorów ust. cyw., wynika z całą dokładnością z prot. — Por. OFNER I str 94 n., 104 n §. 73, II str. 500 n. §. 61, także PFAFF-HOFM. *Comm.* I str. w uw. 180.

kościelnych, skutki zaś na ważność małżeństwa podług zasad ust. cyw. [2]).

Wyższe święcenia i uroczyste śluby zakonne istnieją tylko w kościele katolickim obrządku łacińskiego i ormiańskiego, tudzież w kościele grecko-wschodnim [3]). Do tych więc tylko wyznań „przeszkoda małżeństwa“ z §. 63 u. c. odnosić się może [4]).

---

[2]) KRASNOPOLSKI *Zur Auslegung*... str. 7. Że w tej mierze późniejsze prawodawstwo żadnej zmiany nie sprowadziło, w szczególności, że ani art. XIV ust. zas. z 21 grudnia 1867 o ogólnych prawach obywateli, ani też ustawa z 25 maja 1868 l. 49 dz. u. p. o uregulowaniu międzywyznaniowych stosunków, nie osłabiły doniosłości §. 63 u. c. — powszechnie jest uznanem. Por. dokładne motywa orz. 8417. KRASNOPOLSKI *Zur Ausleg. der §§ 63 u 111 a. b. G. B.* nawet (l. c str. 10) twierdzi, że o ile się rozchodzi o małżeństwa katolików, §. 63 u. c., jak w ogóle cały II rozdz. u. c. normujący prawo małżeńskie, jako restytuowane dopiero ustawą z 25 maja 1867, l. 47 dz. u. p., jest prawem nowszem od ustawy z 25 maja 1867 l. 49 dz. p., regulującej międzywyznaniowe stosunki, ponieważ pierwsza ustawa (L. 47 dz. u. p.) obowiązywać poczęła z 45. dniem po ogłoszeniu, a więc 10 lipca 1868, druga zaś (L. 49 dz. u. p.) obowiązywała już od dnia ogłoszenia t. j. 26 maja 1868.

[3]) O zasadach kościelnych ob. RITTNER str. 94 n., 100 n. i cyt. tamże autorów. Kościół ewang. wszelkich odcieni i wyznanie izraelitów (także sekty karaitów) nie znają ani święceń w znacz. kościoła katolickiego, ani też zakonów.

[4]) Kod. józef. §. 25 rozdz. 3 wyraźnie utrzymywał prawo kanoniczne. Kod. gal. zawierał w § 73 I przepis, dosłownie zgodny z teraźniejszym §. 63 u. c. W czasie obrad o §. 73 kod. gal. powstała kwestya, czy ma on się odnosić także do księży greckiego kościoła (OFNER I str. 94 n. §. 73). Z polecenia komisyi ref. ZEILLER miał się o przepisach tegoż kościoła autentycznie dowiedzieć, a zasięgnąwszy zdania dwóch księży unickich, na następnem posiedzeniu odczytał pouczenie, „że księża tego obrządku mogą się wprawdzie ważnie żenić, jednakże ożeniwszy się przestają być księżami“. Pod wpływem tej, oczywiście mylnej informacyi uchwalono wówczas ograniczyć przeszkodę wyższych święceń do księży kościoła łacińskiego (OFNER I str. 104—106). Dopiero w ciągu 3-go odczytu Radca stanu PFLEGER przytoczył opinię metropolity lwowskiego, że wprawdzie podług zasad greckiego kościoła tak unickiego jak nieunickiego wyższe święcenia nie są *impedi-*

Przeszkodą małżeństwa jest sam fakt otrzymania wyższych święceń (w katolickim kościele: episkopatu, presbyteryatu, dyakonatu i subdyakonatu), z czego wynika, że kto raz otrzymał owe wyższe święcenia, nie może już nigdy zawrzeć ślubów małżeńskich, chociażby przestał być duchownym, a nawet chociażby zmienił wyznanie na inne, które takich święceń nie zna [5]). Gdy jednakże rozstrzygają co do istnienia tej przeszkody przepisy kościelne, przypuszczać należy, że gdyby się okazało, iż według przepisów kościelnych otrzymane święcenia lub uroczyste śluby bezżenności były nieważne, nie mogą także stanowić przeszkody cywilnej [6]).

Stąd nadto wynika także, że wystąpienie z zakonu nie znosi tej przeszkody małżeństwa [7]), ani też zniesienie zakonu, do którego kto należał [8]).

---

mentum dirimens, lecz gdy kod. gal. tę przeszkodę wprowadził (§. 73), powinno — zdaniem metropolity — przytem pozostać, skutkiem czego uchwalono teraźniejsze brzmienie §. 63 u. c. mimo opozycyi PRATOBEVERY, który zarzucał metropolicie, że ustawę mylnie tłumaczy. O bezżenności księży grecko-unickich ob. SCHULTE str. 210.

[5]) Ob. KRASNOPOLSKI l. c. i cyt. wyżej w uw. 1 orzeczenia. Różnicę, jaka zachodzi między dawniejszem postanowieniem kod. józ. (rozdz. 3 §. 25), który odwoływał się na przepisy kanoniczne, a §. 63 u. c., scharakteryzował trafnie v. ZIPPE w czasie obrad kom. nadw. w ten sposób, że podług kod. józ. bezżenny stan księży polegał na pr. kanonicznem, podług ust. cyw. na pr. świeckiem (OFNER I str. 105), co ma ten skutek, że gdyby nawet przepisy kościelne o celibacie zniesiono, mimo to małżeństwo księdza, mającego wyższe święcenia, byłoby po myśli §. 63 u. c. ze stanowiska państwa nieważnem. Inaczaj RITTNER str. 89 n. Por. HUSSAREK l. c. str. 210.

[6]) Gdyż w tym razie okazałoby się, że przeszkoda była tylko pozorną, zatem w rzeczywistości jej nie było.

[7]) Nie jest ona bowiem przywiązana do stanu duchownego lub zakonnego, lecz — jak to wyżej nadmieniono — do faktu święceń lub ślubów zakonnych. HUSSAREK l. c. str. 212 i uw. 10 przywołuje analogię z przeszkody z §. 62, 67, 119 u. c. Między prawnikami austr. tylko GELLER l. c. str. 1049 n. broni *de lege lata* przeciwnego zdania.

[8]) Zniesienie zakonu nie dotyka bowiem ślubów, które złożyli członkowie. Wprawdzie §. 573 u. c. zwalnia w takim

§. 418.

Niemoc płciowa.

DOLLINER I §. 30, III 157—162; tenże w *Ztschr. f. oest. Rg.* I str. 328; RITTNER §. 20; SINGER w *Ger. Ztg* 1877 Nr. 78; ANDERS str. 14; SCHWARTZ *Excurse üb. oest. Recht* w *G. Halle* 1891 Nr. 36.

Ustawa poczytuje niemożność spółkowania cielesnego (niemoc płciową) za przeszkodę małżeństwa (*impedimentum impotentiae*) [1]), wszelako tylko wówczas, jeśli

a) istniała już w chwili zawarcia małżeństwa, a tem samem powstała przed zawarciem jego (*imp. antecedens*);

---

przypadku członków zakonu zniesionego od ślubów ubóstwa. Z tego jednakże *a contrario* wynika, że od ślubu bezżenności ich nie zwalnia. Opierano się na tem (n p. ANDERS str. 21), iż §. 63 u. c. mówi o zakonnikach, kto więc nie jest już zakonnikiem, nie może być wiązany §. 63 u. c. Jednakże już wyżej zauważano, że nie stan duchowny lub zakonny jest przeszkodą, lecz otrzymane święcenia lub złożone uroczyste śluby bezżenności. Ani stan duchowny sam przez się (w stadyum niższych święceń t. z. *minora*) ani stan zakonny bez „uroczystych“ ślubów bezżenności nie są przeszkodą małżeństwa. Proste śluby bezżenności nie są przeszkodą małżeństwa z §. 63 u. c., chociażby podług przepisów kościelnych odbierały zdolność do małżeństwa. ANDERS l. c. uw. 13.

[1]) Autorowie austr. ZEILER, NIPPEL, WINIWARTER i inni, a w najnowszym jeszcze czasie STUBENRAUCH (7. wydanie do §. 60) motywują przeszkodę tę tem, że do ważności każdej umowy potrzeba możności świadczenia (§. 878 u. c.), zapominając, że to nie uchodzi choćby już dla tego, iż §. 878 u. c. mówi tylko o przedmiotowej niemożności świadczenia, niemoc płciowa zaś jest zawsze tylko podmiotową. Jeżeli zaś chodziłoby o niemożność osiągnięcia celu małżeństwa, to jednym z celów wymienionych w §. 44 u. c. jest płodzenie dzieci, nie zaś cielesne obcowanie. Mimo to zaś niemożność płodzenia sama przez się nie czyni małżeństwa nieważnem (ob. niżej uw. 8).

b) jeśli jest nieuleczalną [2]) t. j. taką, iż za pomocą środków leczniczych usuniętą być nie może (*imp. perpetuum* — §. 60 u. c.) [3]).

Jeśli te warunki zachodzą, małżeństwo może być uznane za nieważne (§. 94 u. c.) bez względu, z jakiej przyczyny niemoc pochodzi, czy mianowicie jest wrodzoną, czy też nastąpiła skutkiem choroby, czy pochodzi z wady fizycznej, czyli też ma przyczynę psycho-sexualną [4]), albo wreszcie jest sku-

---

[2]) W przekładach ust. cyw. na język polski wyraz *immerwährendes* (*Unvermögen*) oddany jest przez „ciągła, ciągle trwająca“ (przekł. urzęd., KASPAREK-ZAT., CZEMERYŃSKI) lub „trwała“ niemoc (LIPIŃSKI, WACYK-SZUCHIEWICZ-CZERMAK). Żaden z tych wyrazów polskich nie oddaje znaczenia niemieckiego *immerwährend*, który nie może nic innego oznaczać, jak tylko „nieuleczalność“ niemocy. Tak słusznie orz 14741. Przy §. 99 kod. gal. fakultet wied. proponował, aby zamiast użytego w tym § wyrazu *anhaltend* umieścić wyraz *immerwährend*, widocznie z tego powodu, ponieważ wyraz *anhaltend* oznacza trwałość, ciągłość, lecz nie mieści w sobie pojęcia nieusuwalności. Niemoc, która trwa 10 lat, jest także trwałą i ciągłą, lecz o takiej ustawa nie mówi. Uchwalono wprawdzie pozostać przy tym wyrazie z powodu, jakoby *anhaltend* i *immerwährend* były synonimy. Jednakże ZEILLER poźniej mimo to wpisał słowo *immerwährend* (OFNER str. 117 § 99 i uw. 3), uznając widocznie trafność wniosku tem bardziej, że ten wyraz akceptował już przy §. 68 kod. gal. na wniosek tego samego fakultetu (OFNER str. 92).

[3]) A więc jest tego rodzaju, że dotknięty nią małżonek przez całe życie możności spółkowania odzyskać nie może. W pr. kanon. uważano niemoc za nieuleczalną, jeśli mogła być usuniętą jedynie za pomocą operacyi zagrażającej życiu. Orz. z 22 sierpnia 1851 l. 5210 (*Ger. Ztg.* z r. 1852 Nr. 62) i orz. 14741 (zd. m. słusznie) odmówiły uznania małżeństwa za nieważne z powodu niemocy, która według opinii znawców z łatwością za pomocą operacyi usunąć się dawała. Niema wątpliwości, że o takiej niemocy powiedzieć nie można, iżby była nieuleczalną. Zdaniem mojem jednak niemocy, która tylko operacyą życiu zagrażającą usunąć się da, podług prawa austr. także nie można uważać za nieuleczalną. Wymagałoby to bowiem pozytywnego przepisu, tak jak w pr. kanon. Takiego przepisu zaś w prawie austr. niema

[4]) Ob. orz. z 2 stycznia 1896 w GELLERA *Centralbl.* 1896 str. 874 n. (brak energii i obojętność mimo zdatności fizycznej).

tkiem podeszłego wieku. Ustawa bowiem pod tym względem nie czyni różnicy [5]).

Nie wystarcza więc do nieważności małżeństwa niemoc płciowa chociażby nieuleczalna, jeśli nastąpiła dopiero w ciągu trwania małżeństwa (§. 60 u. 2), ani też taka, któraby istniała już w chwili zawarcia jego, jednakże usuniętą być mogła [6]). Czy powyższe warunki istnieją, stwierdzone być winno orzeczeniem znawców t. j. lekarzy, chirurgów, a podług okoliczności także akuszerek (§. 100 u. c.). Gdyby znawcy orzekli, że stanowczo stwierdzić się nie da, czy niemoc jest nieuleczalną, czyli też przemijającą, małżonkowie winni jeszcze przez jeden rok razem mieszkać, a dopiero, gdyby się wówczas okazało, że nie przeminęła, nieważność małżeństwa orzeczoną być może (§ 101 u. c.) [7]).

Impotencya odnosi się jedynie do cielesnego obcowania (*imp. coëundi*). nie zaś do zdolności zapłodnienia (*imp. generandi vel concipiendi*), — (najw. post z 25. lutego 1837, WINIWARTER *Hbd.* I. str. 173) [8]), może zaś być bezwzględną t. j.

---

[5]) W proj. MARTINIEGO (§. 12) znajdował się ustęp, iż niemoc z powodu podeszłego wieku, choćby nieuleczalna, nie jest przeszkodą ważności małżeństwa. Ustęp ten, który dodano do proj. dopiero przy jego omówieniu (21 września 1793, HARRAS. V str. 30 uw. 11) opuszczony jest w kod. gal. (§. 68) i nie wznowiono go w ust. cyw. Dlaczego to się stało, niewiadomo. Jeśli jednak ustawa czyni niemoc przeszkodą, nie odróżniając, z jakiego powodu istnieje, nie widzę przyczyny utrzymywania ważności małżeństwa starców (*Greisenehe*), jeśli niemoc taka odpowiada warunkom §. 60 u. c. Przeciwnie ANDERS str. 15 uw. 6. W *Landr.* prusk. (II 1 §. 2) dopuszczalnem jest małżeństwo *zur wechselseitigen Unterstützung*, jeśli strony na to się zgodzą (*Geschwisterehe*). Niemoc podług prawa pruskiego nie była jednak powodem nieważności, lecz rozwodu.

[6]) Ob. wyżej uw. 3.

[7]) Kod. gal (§. 100) żądał 3 lata. Wywołało to dłuższą debatę w kom., w ciągu której wykazywano, że w pr. rz. i kan. trzechlecie liczyło się od chwili zawarcia ślubu, nie zaś od chwili żądania nieważności. Zgodzono się ostatecznie, ażeby ten „politowania godny“ stan *cohabitationis* na jeden rok ustanowić, jak to proponowała nadw. kom. rew.

[8]) Cesarskie to postanowienie nie było nigdy publikowane, nie może więc uchodzić za autentyczną interpretacyę Lecz

taką, która czyni niemożebnem obcowanie z jakąkolwiek osobą,— lub też względną t. j. taką, która istnieje tylko w obec drugiego małżonka. W ostatnim przypadku małżonek uznany za niezdatnego względnie, może zawrzeć ważnie inne małżeństwo [9]).

Nieważność spowodowana impotencyą jest względną, t. j. może być orzeczoną tylko w ówczas, jeśli mąż lub żona zażąda orzeczenia jej z tego powodu (§. 94 u. c.). Zażądać tego może wszelako tylko strona bezwinna. Wina w tym przypadku polegać może tylko na tem, że ktoś zawiera małżeństwo, mając wiadomość o istnieniu przeszkody t. z. o zachodzącej niemocy swojej lub drugiego małżonka [10]).

Strona, chociażby bezwinna, jeśli mimo wiadomości o istnieniu przeszkody kontynuuje spólne pożycie, traci prawo nastawania na ważność małżeństwa z powodu tej przeszkody. (§. 96 u. c.) [11]).

---

treść jego drogą interpretacyi naukowej stwierdzić się da, gdyż niepłodność nigdzie jako przeszkoda małżeństwa poczytaną nie jest. Zresztą tak samo było w pr. kanon. Ob. SCHULTE *Eher.* str. 84.

[9]) W kod. józ. (§. 45) wyraźnie odróżniono bezwzględną i względną niemoc: *sie mag überhaupt oder nur in Rücksicht auf den anderen Ehegatten vorhanden sein.* O tym przepisie ZEILLER (OFNER I str. 92) wspomniał, nadmienił jednak, że tej rożnicy niema potrzeby wymieniać w ustawie. Jeżeli niemoc względna jest nieuleczalną, stanowi przeszkodę tego małżeństwa. Por. orz. 15484, w GELLERA *Centralbl.* 1896. Nr. 10. Czy małżonek ma zdolność spółkowania z inną osobą, ze względu na pewne małżeństwo jest obojętnem. O niemocy względnej ob. FEIGEL Podręcznik medycyny sądowej str. 73 n. O dowodzie względnej niemocy por. orz. cyt. wyżej i orz. z 14 czerwca 1890. L. 661 w GELLERA *Centralbl.* z r 1900 str. 137 n.

[10]) Por. o tej kwestyi przydługie wywody DOLLINERA III str. 286 n. tudzież orz. z 27 kwietnia 1898 GELL.-JOLL. I Nr. 117. W orz. 15484 i GELLERA *Centralbl.* 1896 Nr. 357 najw Trybunał samą niemoc poczytał za winę.

[11]) O tem, że §. 96 u. c. zastosowanie ma także do przeszkody niemocy, ob. orz. 6271, 14679. Jeśli obydwie strony miały przy zawarciu małżeństwa wiadomość o istnieniu tej przeszkody, żadnej stronie nie służy prawo nastawania na wa-

§. 419.

Istniejące małżeństwo i t. zw. przeszkoda katolicyzmu.

DOLLINER I §. 32; tegoż *Ueb. die Auflösbarkeit gemischter Ehen* w *Z. f. oest. R.* 1825 I str. 7; RITTNER *Eher.* §. 11; SINGER w *Ger. Ztg.* Nr. 83.

I. Ustawa austryacka z całą stanowczością zastrzega charakter monogamiczny małżeństwa, będący znamienną jego cechą u wszystkich narodów cywilizowanych, postanawiając, że równocześnie mężczyzna może być mężem tylko jednej kobiety, a kobieta żoną tylko jednego mężczyzny (§. 62 u. c., ust. 1.). Istniejący ważny związek małżeński jest więc dla tego, kto w nim zostaje, bezwzględną przeszkodą zawarcia innego małżeństwa (*impedimentum ligaminis*).

W związku z tem ustawa stanowi, że kto już raz był poślubionym, powinien udowodnić prawidłowo, że pierwsze małżeństwo zostało rozwiązanem (§. 62 u. c. ust. 2). Zaniechanie tego przepisu nie pociąga za sobą wprawdzie samo przez się nieważności drugiego małżeństwa; duszpasterzom jednakże „pod ciężką karą" nie wolno przedsiębrać zaślubin, dopokąd nie zostaną dostarczone dowody rozwiązania pierwszego małżeństwa i usunięte wszelkie przeszkody (§. 78 u. c., dekr. kanc. nadw. z 10. maja 1820, Kropatschek T. 43, str. 284) [1]).

żność — orz. 5909. Kto miał powody powątpiewania o swej *facultas coëundi*, a mimo to zawarł małżeństwo, temu zarzucić można winę i ten nie ma prawa nastawania na ważność jego (orz. 14679).

[1]) Zwrócić należy uwagę, że drugi ustęp §. 62 u. c. odnosi się tylko do dowodu rozwiązania poprzedniego ważnego małżeństwa, nie zaś do uznania tegoż pierwszego małżeństwa za nieważne (wyrazy *Trennung*, *Auflösung*, nie zaś *Ungiltigkeit*). Ustawa też mówi, że wykazać musi rozwiązanie małżeństwa pierwszego ten, kto już był (ważnie) poślubiony (*verehelicht*). Ze stanowiska prawa cyw. dwużeństwo jest niemożebnem, bo albo pierwsze, albo drugie jest małżeństwem „ważnem", obydwa ważnemi być nie mogą.

Gdy małżeństwo tylko przez śmierć rozwiązane być może, jeśli chociażby tylko jeden z małżonków w czasie zawarcia jego był katolikiem (§. 111 u. c.), przeto w przypadkach takich winna być udowodnioną śmierć pierwszego małżonka lub, gdyby wprost wykazać się nie dała, winno być uzyskanem uznanie go za umarłego (§. 112—114 u. c., §. 9 ust. z 16 lutego 1883 l. 20 dz. u. p.) [2]). Wyznawcom religii nie-

---

[2]) Dla obejścia przeszkody istniejącego małżeństwa wyrobiła się praktyka t. zw. „siedmiogrodzkich małżeństw". Katolik, który za życia małżonka chciał zawrzeć małżeństwo drugie, wyjednywał sobie w Austryi separacyę od stołu i łoża, nabywał obywatelstwo węgierskie, przechodził na wiarę unitarską, następnie uzyskiwał u Sądu małżeńskiego w Klausenburgu rozwiązanie swego małżeństwa, poczem zawierał na Węgrzech śluby małżeńskie z osobą, która częstokroć dla ostrożności także pozbywała się obywatelstwa austryackiego i wiary katolickiej. W ten sposób starano się unikać zastosowania ustawy cywilnej do kwestyi ważności małżeństwa nowego i osiągać skutek, żeby także i sądy austr. oceniać musiały ważność tego nowego małżeństwa podług praw węgierskich. (§. 4 i 34 u. c.). Jednakże najw. Trybunał tego rodzaju małżeństwa zawsze uznawał za nieważne, dawniej z rozmaitych powodów n. p. że nabycie obywatelstwa węgierskiego i przejście na inne wyznanie było tylko pozornem, że orzeczenie Sądu unitarskiego było nieważnem, że pozostały pierwszy małżonek pozostał obywatelem austr. i t. d. W obec tej judykatury mógł FUCHS *Die sog. siebenb. Ehen* str. 107 twierdzić, że małżeństwa takie mogą być uznane za ważne w Austryi, jeśli wszystkie ostrożności zachowano, iżby one podług węg. ustawy oceniane być musiały. (Por judykaturę tamże str. 122 n przytoczoną i str. 169). Podobną tezę zapowiedział Dr. SOŁOWIJ na 2. zjazd prawników we Lwowie (1889). Obacz myśli przewodnie i wnioski referatu Dr S. o małż. siedmiogrodzkich w sprawozd. ze zjazdu tego, alleg. l. 8. Jednakże najw. Trybunał przyjął obecnie motywa, które czynią t. z. małżeństwa siedmiogrodzkie wprost niemożebnemi w Austryi. Poczytuje bowiem przepis §. 62 u. c. jako zakaz bezwzględny, uniemożebniający zasadniczo uznanie w Austryi ważności małżeństwa, zawartego za życia drugiego małżonka, skoro choćby jeden tylko małżonek w czasie zawarcia pierwszego małżeństwa był katolikiem (§. 111 u c.) a to bez względu na wszelkie inne okoliczności (obywatelstwo, wyznanie i t. p.). Tak już orz. 13018 (r. 1889) a szczególnie stanowczo orz. plen. 13995 (z r. 1891). Litera-

katolickiej służy nadto możność wykazania, że poprzednie małżeństwo zostało rozwiązane w inny sposób (§. 115, 116, 133 n., u. c.).

II. Z natury rzeczy wynika, że tylko ważne małżeństwo jest przeszkodą zawarcia drugiego [3]). Gdyby się więc okazało, że poprzednie małżeństwo prawnie nie istnieje, przeszkody tej niema. Co do istnienia pierwszego małżeństwa rozstrzyga zaś wyłącznie tylko przedmiotowy stan rzeczy; subjektywne przekonanie osób interesowanych jest w tej mierze obojętnem.

---

tura o małż. siedmiogrodzkich jest bardzo obfita. Oprócz cyt. wyżej dzieła FUCHSA *Die sog. siebenbürg. Ehen* i dawniejszego *Das Hinderniss des best. Ehebandes und seine Umgehung* (1879), por. tegoż samego autora artykuły w *Jur. Bl.* z r. 1879 Nr. 48, z r. 1883 Nr. 12, 13, z r. 1890 Nr. 13 i 24, dalej RITTNER *Auch Einiges üb. d. siebenb. Ehen* w *Ger. Ztg.* 1880 Nr. 10, 11, tegoż: Rozwody i małżeństwa siedmiogrodzkie, w Przegl. sąd. i admin. z r. 1880 Nr. 7—10, ROSZNER *Die Klausenburger Ehen* tamże r. 1880 N. 20, 21, SERNEC *Nochmals die Siebenb. Ehen* w *Ger. Halle* r. 1885 N. 39. CALL *Gegen die sieb Ehen* w *Ger. Ztg.* 1893 N. 8, 9, OFNER *Zur Lehre...* w *Ger Halle* 1893 N 13, 14. — Por. także SINGER w *Ger. Ztg.* 1877 N. 83, IVO PFAFF *Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere* str. 94 n., STUBENRAUCH *Comm.* 7. wyd. I str. 233 n., GELLER w rozpr. *Ueb. d. Grenzen d. Anwendb. canon. Hind.* w *Centrbl.* XIV. str. 1047; — z liter. czeskiej odczyty FR. PREISSLERA w Právn. (czesk.) 1883 str. 174 i RANDY *O sedmihradskych manzelstvich* tamże str. 350. Obecnie zresztą t. zw. siedmiogrodzkie małżeństwa są już nawet podług ustaw węg. nieważne Por. art. ust węg. XXXI. z r. 1884, §. 113 u. 3, §. 111 ust. 1. — O innych obejściach *imped. ligam* przez zawarcie małżeństw „niemieckich“, „koburskich“, „węgierskich“ ob. FUCHS *Die sog. siebenb. Ehen* str. 79 n.

[3]) Ważność małżeństwa jest także warunkiem poczytania zbrodni dwużeństwa (§. 206, 207 u k.). Ob. HERBST *Hdb. d. oestr. Strafr.* I. str. 367 i orz. kasacyjne z 12. kwietnia 1880, NOWAK N. 237. Nie jest koniecznem, aby przy drugiem zawarciu małżeństwa przestrzegano wszystkich przepisanych formalności; wystarczy owszem, jeśli nastąpiło ono tak, że małżonkowie nie mogą go sami rozwiązać, lecz muszą spowodować orzeczenie Sądu. Orz. kas. z 17. lutego 1882 NOWAK Nr. 417. — O kwestyi ważności małżeństwa zawsze orzekać winien sędzia cywilny (§. 5 proc. karnej z 23. maja 1873 l. 119 Dz. u. p.).

Chociażby więc zawierający drugie małżeństwo (mylnie) sądził, że pierwsze jest ważnem, drugie będzie ważnem, gdyby się okazało, że pierwsze małżeństwo w chwili zawarcia drugiego istniało tylko na pozór, jak z drugiej strony drugie małżeństwo będzie nieważnem, gdyby ktoś w nieświadomości o istnieniu pierwszego zawarł drugie. Ustawa przytem nie wymaga, aby nieważność pierwszego małżeństwa wykazaną była przed zawarciem drugiego, dowód ten owszem może być przeprowadzony nawet i później po zawarciu drugiego. Z natury rzeczy wynika jednakże, że nieważność pierwszego małżeństwa musi być bezwzględną t. j. taką, która następuje bez potrzeby żądania strony do tego uprawnionej (§. 94 u. c., ust. 1), w przeciwnym bowiem razie t. j. gdyby uznanie małżeństwa za nieważne mogło nastąpić jedynie na żądanie strony interesowanej, małżeństwo pozostaje ważnem, dopóki żądanie to nie nastąpiło [4]). W takich więc przypadkach zawarcie nowego ważnego małżeństwa byłoby możebnem dopiero po orzeczeniu jego nieważności (§. 93 i 94 ust. 2 u. c.).

III. Do rzędu przeszkód małżeństwa w ustawie cywilnej uzasadnionych dodano wkrótce po publikacyi tejże ustawy jeszcze jedną, znaną pod nazwą „przeszkody katolicyzmu“, a będącą specyalnością ustawodawstwa austryackiego. Wy-

---

[4]) Por. orz. 8841 i NIPPEL I. str. 293. — Zdanie, że podług 1. ustępu §. 62 u. c. chodzi jedynie o materyalną nieważność pierwszego małżeństwa, nie zaś o to, aby ta nieważność w chwili zawarcia drugiego była już wykazaną, jest dziś powszechnie uznanem. Inaczej dawniej NIPPEL *Einige Fragen aus d. oest. Eher.* w PRATOB. *Materialien* IV. str. 211, przeciw temu DOLLINER w uw. do tego art. str. 214 n., i w *Ztschr. f. oest. Rechtsgel.* 1829 II. str. 177 i *Eher.* I. str. 182. — NIPPEL w koment. str. 293 n. od swego zdania odstąpił. Zapatrywanie w tekscie zastąpione znalazło wyraz prawodawczy w d. n. z 11. lipca 1817 l. 1345 zb. u. s, który wypowiada zasadę, że jeśli się okaże, iż drugi małżonek z pierwszego małżeństwa zmarł przed zawarciem drugiego, nie ma powodu do unieważnienia drugiego. Co do kwestyi, czy małżeństwo zawarte przed ogłoszeniem pierwszego małżonka za zmarłego jest ważnem, DOLLINER *Mat.* IV. str. 223 rozstrzyga przecząco, natomiast odstąpił od swego zdania już w rozprawie *Ueb. d. Wirkung d. Todeserkl.* w *Ztschr. f. oest. Rgl.* 1826 II. str. 35 n. i *Eher.* I. str. 185.

chodząc z założenia, że wiara katolicka nietylko małżeństwo katolickie, lecz w ogóle małżeństwo jako instytucyę chrześcijańską poczytuje za nierozerwalne, postanawia d. n. z 26. sierpnia 1814 l. 1099 zb. u. s., że w przypadkach rozwodu małżeństwa niekatolickiego (§. 115 u. c.) rozwiedziony małżonek wprawdzie może w ponowne wejść śluby małżeńskie (§. 119 u. c.), lecz jak długo żyje drugi z rozwiedzionych małżonków, znowu tylko z osobą wyznania niekatolickiego, z czego wynika, że — za życia poprzedniego małżonka — nie może poślubić katolika. Ten wniosek wysnuwa dekr. konc. nadw. z 17. lipca 1835 l. 61 zb. u. s., a nadto dodaje, że rozumie się, iż osoba, która w czasie zawarcia małżeństwa była wyznawcą wiary niekatolickiej, a później przeszła na wiarę katolicką, nie może zawrzeć ważnego małżeństwa, jak długo żyje rozwiedziony jej małżonek. W tym przypadku więc małżeństwo niekatolickie, prawnie rozwiedzione, a zatem już nieistniejące, uważane jest ze względu na katolika za istniejące [5]).

Podług brzmienia dekr. kanc. nadw. z 4. lutego 1837 l. 168 zb. u. s., przepis dekr. nadw. z 26. sierpnia 1814 l. 1099 zb. u. s. nie ma zastosowania do izraelitów, którzy

[5]) W historyi tej przeszkody małżeństwa (DOLLINER I. str. 280 i RITTNER str. 82) uderza powtarzający się kilkakrotnie fakt, że w przedmiocie tym wydawane były przepisy tajemne do władz politycznych i ordynaryatów, sądy zaś ani publiczność o nich nie były zawiadamiane. Podług pat. józ. o małżeństwie (§. 55), tudzież kod. józ. (§. 110) i dekr. nadw. z 17 lipca 1788 l. 857 zb. u. s., a nadto dla Galicyi podług kod. gal. (I. § 111) wolno było niekatolickim małżonkom rozwiedzionym wchodzić w ponowne śluby małżeńskie bez ograniczenia. Potajemnie zaś otrzymały władze polityczne i ordynaryaty instrukcyę, że publikowanemu jak wyżej d. n. z 17. lipca 1788 l. 857 zb u. s. odbiera się moc obowiązującą (d. n. z 15. kwietnia 1789, niepublikowany), a nawet otrzymał książę biskup w Gurk pod datą 2. lipca 1802 instrukcyę znowu potajemną, że małżeństwo katolika z rozwiedzionym małżonkiem niekatolickim należy „rozwiązywać i uznawać za nieważne“ *(zu trennen und für ungiltig und nichtig zu erklären).* Stan ten dwuznaczny miał ten skutek, że ordynaryaty odmawiały zaślubin; jeśli jednak takie zaślubiny przez nieuwagę się zdarzały, małżeństwo pozostawało ważne, bo Sądy, mając za sobą publikowane ustawy, nie mogły orzekać nieważności (DOLLINER l. c., str. 282 n.). Taki też stan zastała komisya prawo-

przyjęli wiarę katolicką i którzy rozwiedzeni są z małżonkiem, pozostałym w religii izraelickiej, przez udzielenie listu rozwodowego po myśli przepisów ustawy cywilnej. W tej mierze owszem pozostają w mocy przepisy dekretu nadwornego z 28. czerwca 1806 l. 771 zb. u. s., wedle którego „małżeństwo między izraelitami poczytanem jest tylko jako cywilny kontrakt, nieulegający przez przejście jednego z małżonków na religię chrześcijańską żadnej zmianie pod względem prawnych skutków“ [6]) — tudzież przepisy §§. 133—135 u. c. (o których będzie mowa poniżej w nauce o małżeństwach izraelickich).

Dodać należy, że małżeństwa izraelickie, po przejściu obydwóch małżonków na wyznanie chrześcijańskie, mają być pod względem rozwodu traktowane podług przepisów, odnoszących się do wyznania tego, na które ci małżonkowie przeszli (rozp. min. z 8. sierpnia 1853, l. 160 dz. u. p.), z czego wynika, że wówczas także i do nich ma zastosowanie t. z. przeszkoda katoliczyzmu.

---

dawcza, gdy na posiedz. z 29. marca 1802 przystąpiła do obrad nad §. 111. I. kod. gal. (odpowiadającym §. 119 u. c.), a uwaga DOLLINER'A (str. 284), że komisya nie mogła mieć wiadomości o powyższych tajnych przepisach, z materyałów okazuje się mylną. Skutkiem *monitum* bowiem powołującego się na powyższy stan rzeczy, referent ZEILLER nadmienił wyraźnie, że rozp. z 15. kwietnia 1789 nie było publikowane, a chociaż uważał treść jego jako ulegającą *gegründeten Bedenken*, wyraził przekonanie, że czynniki decydujące nie będą się chciały wdawać ponownie w ten teologiczny spór, a spodziewając się, że duchowieństwo będzie czuwało i nadal nad tem, aby takie małżeństwa nie przychodziły do skutku, odradzał poruszania tej kwestyi w ustawie. Gdy wszyscy z temi uwagami się zgodzili (OFNER I. str. 135), pozostał powyższy stan rzeczy niezmieniony. Lecz już wkrótce po publikacyi ust. cyw. skutkiem pewnego zdarzenia, zaszłego w austryackiej części dyecezyi wrocławskiej, zapadła 28. lipca 1814 decyzya, której owocem był cyt. w tekscie dekret nad. z 26. sierpnia 1814 l. 1099 zb. u. s. wprowadzający we formie „objaśnienia“ do §. 119 u. c. rzeczywistą zmianę ustawy i nadający sankcyę ustawodawczą wymienionym wyżej tajnym rozporządzeniom. Por. GRASSL *D. bes. Eher. d. Juden* str. 337.

[6]) Takie zapatrywanie wypowiedział DOLLINER I. str. 288 jeszcze przed wydaniem dekr. nadw. z r. 1837. Por. także GRASSL *D. bes. Eher. d. Juden* (1838) §. 157.

§. 420.
Skazanie za zbrodnię.

DOLLINER I. §. 31; RITTNER §. 19; ANDERS *Fam.* §. 10, 3, *Grundr.* §. 11.

Ustawa cywilna zawierała postanowienie, że zbrodniarz, skazany na karę najcięższego lub ciężkiego więzienia, nie może zawierać ważnego małżeństwa od dnia ogłoszenia mu wyroku, dopóki trwa jego kara (§. 61 u. c.). Przepis ten uchylony został §. 5 ust. z 15 listopada 1867 L. 131 dz. u. p., który stanowi, że na przyszłość żadne skazanie karno-sądowe nie ma powodować dla samego skazanego utraty lub ograniczenia cywilnej zdolności do działania, a przeciwny temu przepis §. 27 b. ustawy karnej z 27 maja 1852 L. 117 dz. u. p. i odnośne przepisy ustawy cywilnej (między innymi §. 61) zostają zniesione [1]). Gdy jednakże ustawa z 15 listopada 1867 wydaną została tylko dla osób, podlegających karnej jurysdykcyi Sądów cywilnych (wstęp tej ust.), przeto przepis §. 61 u. c. pozostał w mocy dla osób podlegających orzecznictwu karnemu wojskowemu (ust. z 20 maja 1869 L. 78 dz. u. p.), co do których podług ustawy karnej wojskowej z 15 stycznia 1855 Nr. 19 dz. u. p. obowiązuje przepis, że zbrodniarz, skazany na karę śmierci lub ciężkiego więzienia od chwili ogłoszenia mu prawomocnego wyroku nie może zawrzeć żadnego obowiązującego go aktu (§. 45 lit. d, §. 46

---

[1]) §. 27 lit. b. ust. karnej mieścił w sobie ograniczenie nietylko zdolności do działania, lecz i zdolności prawnej. Skoro bowiem zbrodniarz na taką karę skazany nie mógł zawierać aktów, któreby go obowiązywały, tylko przez kuratora musiał być zastąpiony (§. 279 u. c.), to w ogóle nie miał zdolności prawnej do takich aktów, przy których zastępstwo przez kuratora w ogóle było niemożebne, a więc do zawarcia małżeństwa i do rozporządzenia ostatniej woli. O tem HARUM w *Ger. Ztg* z r. 1868 N. 10. W §. 5. ustawy z 15. listopada 1867 mowa jest jedynie o utracie lub ograniczeniu zdolności do d z i a ł a - n i a, gdyby więc w drugim ustępie tego §-fu nie był zniesiony §. 61 u. c. wyraźnie zniesienie jego nie wynikałoby z pierwszego ustępu.

i 47 ust. kar. wojsk.). Jednakże dla osób w skład obrony krajowej wchodzących istnieje o tyle wyjątek od tych ostatnich przepisów, że jakkolwiek osoby te, skoro powołane są do czynnej służby, podlegają w sprawach karnych ustawom i jurysdykcyi karnej wojskowej, to nie mają do nich zastosowania te przepisy, które ograniczają cywilną zdolność prawną i zdolność do działania (§. 1 ust. z 2 kwietnia 1885 L. 93 dz. u. p.). Odnosi się to także do osób, należących do związku żandarmeryi (§. 10 ust. z 25 grudnia 1894 L. 1 dz. u. p. z r. 1895). Podobnie też przepisy ustawy karnej wojskowej ograniczające zdolność prawną i zdolność do działania, nie mają zastosowania do osób, należących do siły zbrojnej Bosnii i Hercegowiny (cyrk. Min. wojny z 16 paździer. 1882, oddz. 4 Nr. 2310, dz. rozp. armii Nr. 113)[2]).

O ile §. 61 u. c. ma jeszcze zastosowanie[3]), istnieje niezdolność w nim przewidziana od dnia ogłoszenia wyroku prawomocnego, a więc żadnemu odwołaniu ani skardze nieważności niepodlegającego; przed prawomocnością bowiem wyroku nikt za skazanego poczytany być nie może[4]). Niezdol-

---

[2]) W ustawach odnoszących się do obrony krajowej i siły zbrojnej Bośnii i Hercegowiny już wyraźnie zniesione ograniczenia tak co do zdolności do działania jak i do zdolności prawnej.

[3]) §. ten dodano na wniosek ZEILLERA dopiero przy superrewizyi (OFNER II str. 501). W czasie układania kod. cyw. obowiązywał § 23 lit. c. kod. kod. karn. z 3 września 1803, który odejmował zbrodniarzowi zdolność zawierania w ogóle jakiegokolwiek interesu między żyjącymi i zdolność rozporządzania na przypadek śmierci, zatem w ogóle zdolność prawną, utrzymując jedynie w mocy poprzednie czynności i rozporządzenia jego. Konsekwentnie odejmował §. 61 u. c. zbrodniarzowi zdolność zawierania małżeństwa. W §. 27 b. kod. z r. 1852 zmodyfikowano ten przepis, odejmując mu jedynie zdolność zobowiązywania się (Por. HYE *D. oest. Strfg.* str. 426 n.). Zmiana ta nie miała wpływu na doniosłość §. 61 u. c.

[4]) O spornej niegdyś kwestyi, czy dopiero od prawomocności wyroku rozpoczyna się przeszkoda z § 61 u. c., ob. DOLLINER I. str. 176. W obec brzmienia §. 45 lit. d. ust. karn. wojsk., wedle którego odjęcie zdolności do działania rozpoczyna się od chwili ogłoszenia prawomocnego wyroku wszelka wątpliwość pod tym względem ustała (RITTNER str. 144).

ność istnieje, dopokąd kara odcierpianą nie zostanie [5]), a gdy ułaskawienie równy ma skutek z odcierpieniem kary (§. 131 kod. karn. wojsk.), ustaje z chwilą ułaskawienia. — Ponieważ ustawa karna wojskowa (zarówno jak i cywilna) nie zna już obecnie kary najcięższego więzienia, przeto przeszkoda odnosi się obecnie tylko do kary ciężkiego więzienia. Podług §. 47 ust. kar. wojsk. z karą śmierci połączone są, pod względem zdolności do działania, te same skutki jak ze skazaniem na karę ciężkiego więzienia [6]).

Że w §. 61 u. c. mowa tylko o wyrokach Sądów austryackich, nie zaś o zagranicznych, nie ulega wątpliwości, gdyż ustawa austryacka obcych ustawodawstw karnych na uwagę brać nie mogła [7]) [8]).

---

[5]) Mimo nie całkiem dokładnego brzmienia ustawy: „*solange seine Strafzeit dauert*". Nie chodzi bowiem oczywiście o upływ czasu kary, lecz o odcierpienie jej.

[6]) Wynika to zresztą z zastosowania argumentu *a minore ad maius*. DOLLINER str. 173.

[7]) Odrębne traktowanie osób, poddanych orzecznictwu sądów wojskowych, nie da się żadną miarą usprawiedliwić. To *privilegium odiosum* prowadzi do wprost dziwacznych konsekwencyi. Gdy bowiem n. p. podług §. 2 ust. z 20. maja 1869 i. 78 dz. u. p. oficerowie, którzy z zachowaniem charakteru wojskowego wystąpili z wojska i oficerowie rezerwowi podlegają pod względem zbrodni wojskowych orzecznictwu sądów karnych wojskowych tylko wówczas jeśli w czasie popełnienia zbrodni mieli na sobie mundur, zastosowanie przepisu § 61 u. c. a tem samem istnienie przeszkody zależeć może od chwilowego ich ubrania Lecz pominąwszy to, przeszkoda §. 61 u. c., która ma być następstwem zbrodni, więc karą zbrodniarza, staje się najczęściej karą osób niewinnych, n p. w razie gdyby skazany pragnął konkubinat zamienić na małżeństwo i uprawnić nieślubne swe dzieci.

[8]) Por. SINGER 1. c. N. 83, str. 330.

B) O t. zw. przeszkodach względnych.

§. 421.

Pokrewieństwo i powinowactwo.

DOLLINER I. § 35–44; RITTNER §. 14, 15; HELFERT *Ueb. d. Eheh. der Verwandtschaft und Schwägerschaft aus unehelicher Geburt* w *Ztschr. f. oest. Rg.* 1829 I. str. 168; WIESENAUER *Ueb. e. zweifelhaften Fall d. Eheh. der Schwägerschaft* tamże 1840, II. 246; SCHWARTZ *Excurse* w *Ger. Halle* 1891 N. 38.

I. Ze względów etycznych, socyalnych a w części fizyologicznych [1]) ustawa uznaje za nieważne małżeństwo między krewnymi

a) w linii wstępnej i zstępnej, bez względu na stopień [2]),

b) w linii pobocznej: między rodzeństwem rodzonem i przyrodniem, między dziećmi rodzeństwa, jakoteż z rodzeństwem rodziców t. j. wujem i ciotką, stryjem i stryjenką (bratem i siostrą ojca lub matki) [3]); a to bez względu na to, czy pokrewieństwo powstało ze ślubnego czy też nieślubnego rodu (§. 65 u. c.) [4]).

---

[1]) O względach tych ob SCHULTE *Eher.* §. 23, RITTNER *Eher.* §. 14, ANDERS §. 15 uw. 2. Są to między innemi te same względy, jakie w wyższem spotęgowaniu doprowadziły do przepisów ustawy karnej o zbrodni kazirodztwa z §. 131 i przekroczeniu nierządu z §. 501 u. k. Dla autorów ust. cyw. najgłówniejszym był wzgląd, ażeby niemożność połączenia się ślubnego powstrzymywała członków w bliskości rodzinnej mieszkających od zbytniej poufałości. — OFNER I. str. 92 §. 70 — wzgląd, który między krewnymi nie zawsze dopisuje.

[2]) *Usque ad infinitum* L. 53. *D. de ritu nupt.* 23, 2. Tak samo w prawie kanonicznem. „Gdyby ojciec Adam i matka Ewa zmartwychwstali“ — mówi DOLLINER str. 208 — „nie znaleźliby małżonka na tej ziemi“.

[3]) Stylizacya ta przyjętą została na wniosek fakultetu wiedeńskiego, zamiast dawniejszej, w której mówiono o stopniach pokrewieństwa, ponieważ „nieuczony“ na stopniach się nie rozumie.

[4]) Już podczas obrad nad projektem MARTINIEGO żądano (26. sierpnia 1796) ograniczenia przeszkody, polegającej na

II. Z powinowactwa powstaje przeszkoda małżeństwa o tyle, że mąż nie może zawrzeć ważnego małżeństwa z krewnymi żony, wymienionymi w §. 65 u. c., zaś żona z wymienionymi tamże krewnymi męża (§. 66 u. c.)[5]. Między krewnymi męża z jednej, a krewnymi żony z drugiej strony nie ma powinowactwa, dlatego żadna stąd nie wynika przeszkoda[6].

Powinowactwo powstaje tylko przez ważne małżeństwo (§. 40 u. c.), ustawa nie zna nieślubnego powinowactwa[7], równie jak nie zna t. zw. pokrewieństwa i powinowactwa duchownego[8]. Nie ma też w prawie austr. przeszkody pochodzącej z zaręczyn[9].

---

nieślubnem pokrewieństwie w linii pobocznej, do rodzeństwa, ponieważ dalsi krewni o takiem pokrewieństwie zwyczajnie nie mają wiadomości, a więc także nie zostawają w poufałej styczności (*Cod. Ther.* V. str. 33 uw. 13). Ten sam wniosek postawiony został podczas obrad nad ust. cyw. i referent *in merito* zgodził się na to, lecz obawiał się, aby wykonanie jego „nie natrafiło na opozycyę duchowieństwa“, skutkiem czego wniosku tego nie przyjęto. Rozbieranie takich kwestyi, czy n. p. dziadek może ożenić się z nieślubną córką swego syna lub czy babka może wyjść za nieślubnego syna swojej córki (DOLLINER str. 214), wygląda na żart.

[5]) Motywum, zawarte w §. 71 I. kod. gal., iż mąż i żona ze względu na związek małżeński za jedną osobę są poczytane, opuszczono słusznie na wniosek fakultetu i za zgodą referenta, który zauważył, że wszelkie motywowanie w ustawie nie jest na miejscu, a tem bardziej powyższe, które jest nadto nieprawdziwem (OFNER l. c. str. 93, §. 71).

[6]) *Affinitas secundi generis.* To było w §. 71, I. kod. gal. wyraźnie wypowiedzianem, uznano jednak to objaśnienie jako zbyteczne „*und nur in ein Lehrbuch aufzunehmen*“ (OFNER II. str. 342, §. 56). Tem mniej może być mowy o powinowactwie między powinowatymi jednego a powinowatymi drugiego małżonka (*aff. tertii generis*).

[7]) *Affinitas ex copula illicita*, która powstaje podług prawa kanonicznego ze stosunku nieślubnego.

[8]) *Imped. cognationis spiritualis*, z chrztu i bierzmowania, między rodzicami chrzestnymi a pochrzestnikiem i między tymże ostatnim a udzielającym chrztu, wreszcie między rodzicami chrzestnymi i t. d. Ob. RITTNER Prawo kość. str. 309.

[9]) Ust. austr. w ogóle nie czyni różnicy między *matrimonium ratum* a *consumatum*, nie zna więc t. z *quasi affi-*

III. Natomiast gdy między rodzicami adopcyjnymi a osobą adoptowaną i jej potomkami równe zachodzą prawa, jak między ślubnymi rodzicami a dziećmi (§. 183 u. c.), przeto jak długo trwa stosunek adopcyjny, małżeństwo między adoptującym a przysposobionym i tegoż potomkami jest również nieważnem [10]). Gdy stosunek adopcyjny nie ma wpływu na in-

---

nitas i pochodzącej podług pr. kan. stąd lub z zaręczyn przeszkody *publicae honestatis*.

[10]) Twierdzeniem tem staję w sprzeczności z wszystkimi autorami pr. cyw. z wyjątkiem NIPPLA (PRATOB. *Mater.* IV. str. 204 n.), który jednak to zgodne z mojem zapatrywanie później (*Erläut.* I. str. 302) cofnął — i RAUSCHERA *Die Ehe und das II. Hauptst. des b. Gb.* str. 89 n. Materyały nie dają wyjaśnienia. Dolno-austryacki Trybunał apelacyjny żądał postanowienia, iż między adoptującym a adoptowanym przed rozwiązaniem stosunku adopcyjnego małżeństwo ważnie zawarte być nie może. Na to ref. ZEILLER za zgodą wszystkich innych zauważył, że do takiego postanowienia nie ma powodu, ani też że nie przyniosłoby ono pożytku, *indem man doch das Adoptiv-Verhältniss nach Belieben aufheben und sodann die Ehe schliessen könnte* (OFNER I. str. 94). Twierdzenie to ZEILLERA może być rozmaicie tłumaczone: albo że uważał przepis proponowany za zbyteczny, albo że uważał go za nieodpowiedni. (O tem PFAFF w Grünh II. str. 309). Jednakże ważniejsze są powody obyczajowe i przyzwoitości, które słusznie podnosi RAUSCHER l. c., a które uznał proj. ustawy o ślubach cywilnych, wniesiony w r. 1867 w Radzie państwa (ref. Dr. STURM — por. o tym proj. HARUM *Der Entw. e. Civilehegesetzes* w *Ger. Ztg.* N. 18 n. — szczeg. N. 20), wprowadzając w §. 15 tę przeszkodę małżeństwa, chociaż celem i tendencyą tego projektu z pewnością nie było pomnożenie lecz owszem umniejszenie przeszkód małżeństwa. Motywum, które przytaczano na poparcie przeszkody małżeństwa między krewnymi bliskimi, oparte na sposobności do zbytniej poufałości, daleko silniej przemawiają za przeszkodą podobną w stosunku adopcyjnym gdyż tam spólność krwi już stanowi tamę takiej poufałości, tu zaś tego niema. Jeżeli się zresztą zważy, że stosunek adopcyjny był w pr. rz. przeszkodą małżeństwa w bardzo obszernej mierze, tak samo w pr. kanonicznem, w pr. francuskiem (*Cod. Nap.* art. 348), w pr. pruskiem (*Landr.* II. §. 13), przypuszczać można, że gdyby autorowie ustawy cyw., wbrew powszechnemu wówczas zapatrywaniu, iż *adoptio imitatur naturam*, chcieli tę przeszkodę znieść, nie byliby tego uczynili milcząco,

nych krewnych adoptującego lub adoptowanego, rozumie się, że przeszkoda ta nie odnosi się do innych krewnych [11]).

§. 422.

Różność religii.

DOLLINER I. §. 34; RITTNER §. 18; SINGER w *Ger. Ztg.* l. c. N. 83; ANDERS *Eher.* §. 9., *Grundr.* §. 8; GELLER w *Centr.* 1896 str. 1047.

Podług prawa austr. tak zw. małżeństwa mieszane t. j. takie, w których małżonkowie do rozmaitych wyznań należą, są w ogólności dozwolone z tem jednakże ograniczeniem, że umowy małżeńskie między chrześcijanami a osobami, które nie wyznają religii chrześcijańskiej, ustawa poczytuje za nieważne (§. 64 u. c.) i to bezwzględnie (§. 94 u. c., *impedimentum cultus disparitatis*). Ze stanowiska ustawy cywilnej decydującem jest wyznanie, do którego należą osoby pragnące się poślubić w chwili zawarcia umowy. Późniejsze zmiany wyznania nie czynią umowy nieważną, ani też ważną [1]), podobnie jak obojętną jest okoliczność, do jakiej religii strony

---

lecz co najmniej byliby się nad tem zastanawiali w ciągu obrad. Argumenta dla zdania przeciwnego, o ile są czerpane z samej ustawy, nie wytrzymują krytyki w obec §. 183 u. c., który stosunek adopcyjny stawia na równi z rodzicielskim (o ile ustawa nie zawiera wyjątków — a takich niema i słusznie mówi NIPPEL l. c, że nie ma milczących wyjątków). Ustawa więc nie potrzebowała w §. 65 wspominać wyraźnie o dzieciach adoptowanych.

[11]) Tak samo kod. niem. §. 1311 zakazuje małżeństwa między adoptującym lub tegoż potomkami, dopóki trwa stosunek adopcyjny. Motywa 1 odczytu (IV str. 31) stwierdzają, że dopuszczenie takich małżeństw sprzeciwia się naturalnemu uczuciu i doprowadzić może do stosunków, niezgodnych z życiem rodzinnem. Jestto jednakże tylko zakaz małżeństwa (§ 1324 i 1327).

[1]) Por. orz. z 30. stycznia 1877 l. 14247 w *Ger. Ztg.* Nr. 87 z r. 877.

poprzednio należały [2]). Przeszkoda różności religii odpada więc, jeśli osoby, z których jedna tylko jest chrześcijaninem, przed zawarciem małżeństwa zmienią religię, tak iż oboje stają się chrześcijanami lub niechrześcijanami [3]). Przeszkoda ta ma źródło w zapatrywaniach kościoła katolickiego, że ci, którzy nie otrzymali chrztu, są po za społecznością kościelną, natomiast ci, którzy otrzymali chrzest, należą do niej, jakkolwiek nie uznawają powagi kościoła katolickiego ani też faktycznie nie zostają pod jurysdykcyą jego [4]). Utrzymała się jednakże przeszkoda ta w prawie austryackiem z tą odmianą, że nie chrzest otrzymany, lecz faktyczna należność w chwili zawarcia umowy małżeńskiej rozstrzyga [5]). Należność ta oce-

---

[2]) Że rozstrzygającą jest chwila zawarcia małżeństwa, wynika ze stylizacyi §. 64 u. c. Por. orz. 12057, które zresztą z innego względu uważam za mylne, ob. poniżej w uw. 7.

[3]) Co w obec przepisu art. 4 i 6 ustawy z 25. maja 1868 l. 49 dz. u. p. zależy od wyboru osoby i oświadczenia w obec władzy politycznej. Rzecz naturalna, że gdyby w takim razie zmiana religii była nieważną, równie nieważnem byłoby małżeństwo na tej podstawie zawarte. I tak w orz. 13600 unieważnione zostało małżeństwo chrześcijańskiej obywatelki węgierskiej, która przeszła na żydowską wiarę, z żydem, ponieważ węgierskie prawo takiego przejścia nie dopuszczało.

[4]) Ob. RITTNER P r. k o ś ć. II. str. 280 i cyt. tamże autorów.

[5]) Jeśli przyczyną tej przeszkody małżeńskiej w pr. kość. było — jak RITTNER *Eher.* str. 137 wywodzi — dążenie, aby między małżonkami była równość przekonań religijnych, to czyniąc ją zależną od chrztu, prawo kość. w niedostatecznej bardzo mierze cel osiągnęło. Skuteczniejszem jest w każdym razie przepis § 64 u. c., który uważa wyznanie w chwili zawarcia za decydujące, chociaż i ten przepis ze względu na cel często zawodzi. Ob. RITTNER l. c. str. 138. W społeczeństwach europejskich przedstawia się ta przeszkoda jako utrudnienie małżeństwa z żydami, wydaną jest tedy bardziej ze względów społecznych, aniżeli religijnych i da się wytłumaczyć historycznie wyłącznością, jaką się odznacza społeczeństwo chrześcijańskie w obec żydowskiego. W proj. MARTINIEGO I 3, §. 16 opiewał przepis ten tak: ... *Eheverträge zwischen einem christlichen Einwohner dieser Staaten mit einer Person, welche durch die Tauf in die christliche Gemeinde nicht aufgenommen worden ist, müssen als null und nichtig angesehen*

nioną być musi podług zachodzących w danym razie okoliczności [6]), przyczem jednakże zauważyć należy, że cecha chrześcijańskiej religii nie jest zależną od uznania jej w Austryi po myśli ustawy z 20 maja 1874 l. 68 dz. u. p. Osoby, które żadnej religii nie wyznawają (bezwyznaniowe), nie mogą być poczytane za chrześcijan [7]).

---

werden. Prof. BORZAGA we Lwowie pragnął, aby przeszkoda ta nietylko dla poddanych austr. istniała. Znamię chrztu wciągnięto na wniosek MARTINIEGO w tym celu, aby zapobiedz, iżby ci chrześcijanie, którzy wcale nie są do swej religii przywiązani, nie używali przeszkody tej za pretekst dla uznania ich małżeństwa za nieważne (HARASS. *Cod. Ther.* V str. 32 uw. 15). W kod. gal. (§. 72 I) opuszczono znamię chrztu a ustylizowano przepis ten tak jak §. 64 u. c., podczas obrad zaś nad ust. cyw. zamiast słów *Einwohner dieses Landes* użyto wyrazu *Personen*, aby nie ograniczać przeszkody tej na poddanych austr. i aby nie dawano pomocy także obcym, którzy takie małżeństwo zawrzeć pragną. Przytem wicepr. v. HAAN zwracał uwagę, że jeśli obcy gdzieindziej małżeństwo takie zawrą, nie będzie można odmówić mu ważności (OFNER str. 94 §. 72).

[6]) Z natury rzeczy wynika, że rozstrzygającym będzie chrzest, lecz tylko wówczas, jeśli osoba, o którą chodzi, nie wystąpiła później w sposób prawny z kościoła chrześcijańskiego. Gdyby zaś chodziło o osobę, która z innego, niechrześcijańskiego, wyznania wystąpiła, rozstrzygającem byłoby oświadczenie jej odpowiadające warunkom art. 4 i 6 ustawy z 25 maja 1868 l. 47 dz. u. p.

[7]) Nie mogę się zgodzić ze zdaniem, iżby wyznania chrześcijańskie, które nie otrzymały po myśli ustawy z 20 kwietnia 1874 l. 68 dz. u. p. uznania prawnego w Austryi, należało poczytywać za niechrześcijańskie (jak to n. p. twierdzi ANDERS str. 22 uw. 17, podając za przykład wyznanie anglikańskie) i stawiać osoby do nich należące na równi z bezwyznaniowemi. Zdanie to opiera się na tem, że rozp. z 20 października 1870 l. 128 dz. u p., wydane w celu wykonania ustawy z 9 kwietnia 1870 l. 51 dz. u. p., każe w metryce osób, nie należących do prawnie uznanego wyznania, notować w rubryce „wyznanie“ wzmiankę: „*konfessionslos*“. Pominąwszy, że rozporządzenie to nie jest ustawą, a w ustawie ten wyraz nigdzie się nie zdarza, wzmianka ta sformułowaną jest tylko dla krótkości (ob. HENNER w MISCHLERA i ULBRICHA *Staatswörterb.* II str. 990), a więc pojęcia bezwyznaniowości i nienależenia do pra-

§. 423.

Nastawanie na życie małżonka [1]).

DOLLINER I 846; RITTNER §. 16; ANDERS §. 10.

Jeżeli dwie osoby przyrzekły sobie wzajemnie, iż się poślubią, a w celu osiągnięcia tego zamiaru choćby jedna z nich nastawała na życie małżonka, będącego na zawadzie ich małżeństwu, ważne małżeństwo między temi osobami zawarte być nie może bez względu na to, czy zamierzone morderstwo nastąpiło, czy nie, i czy osoby te popełniły między sobą cudzołóstwo, czy nie (§. 68 u. c.) [2]).

---

wnie uznanego wyznania nie należy identyfikować. Por. RITTNER *Eher.* str. 142 uw. 12. Wbrew twierdzeniu ANDERSA l. c. uważam więc małżeństwo anglikanina z żydówką za nieważne w myśl §. 64 u. c., zaś anglikanina z protestantką za ważne. W orz. 12057 odmówił najw. Tryb. unieważnienia małżeństwa między bezwyznaniowym a katoliczką z powodu, że ów bezwyznaniowy przed ślubem wykazał się metryką chrztu i przy badaniu przedślubnem przedstawił się jako katolik. Przyjął bowiem najw. Tryb. to oświadczenie za objawienie woli wstąpienia napowrót do religii katolickiej po myśli 2. ustępu §. 5 ustawy z 25 maja 1868, jakkolwiek ono nie było niczem innem, jak wykrętem. a w szczególności nie mieściło w sobie ani wyraźnego, ani konkludencyjnego objawienia woli wstąpienia napowrót do kościoła katolickiego. W orz. 14471 unieważniły wszystkie instancye małżeństwo (prawdziwie) bezwyznaniowego z katoliczką.

[1]) Z wyrazem „małżonkobójstwo“ (w łać. tłum. ust. cyw. *conjugicidium*) jakkolwiek używany jest powszechnie w przekładach i uświęcony powagą Akademii, pogodzić się nie mogę. Nosi on w sobie zbyt wyraźne znamię sztucznego tworzenia przez złączenie dwóch rzeczowników wbrew duchowi języka polskiego, a nadto nie odpowiada istocie tej przeszkody, która polega nie na morderstwie (a tem mniej zabójstwie) małżonka, lecz na nastawaniu na życie tegoż (*machinatio in mortem*). W pr. kan. obejmowano tę przeszkodę pod nazwą *imp. criminis*, przyczem podnieść należy, że nie samo nastawanie na życie, stanowi przeszkodę, lecz tylko w połączeniu ze śmiercią drugiego małżonka. SCHULTE *Eher.* str. 313.

[2]) Motywum prawodawcze ustanowienia przeszkody tej jest chęć uchylenia pobudki do popełnienia czynu karogodnego przez

Dla istnienia tej przeszkody istotnem jest przedewszystkiem:

1) wzajemne przyrzeczenie sobie małżeństwa, na przypadek rozwiązania pierwszego [3]); następnie

2) nastawanie na życie małżonka w tym właśnie celu, ażeby przyrzeczone małżeństwo mogło dojść do skutku.

Nie wymaga zaś ustawa, ażeby nastawanie na życie podjęte było w porozumieniu się z osobą, z którą sprawca pragnie się połączyć; wystarczy owszem, jeśli podjęte było bez wiedzy, albo nawet wbrew woli drugiej strony [4]). Obojętnem jest też, która z tych osób nastawała na życie małżonka.

Niema jednak przeszkody tej, jeśli między przyrzeczeniem małżeństwa a nastawaniem na życie nie było związku wewnętrznego, a więc jeśli nastawanie na życie małżonka w innym celu nastąpiło, albo też jeśli nastąpiło w tym sa-

---

odjęcie możności osiagnięcia celu t. j. połączenia się węzłem małżeńskim z osobą, z którą się co do przyszłego małżeństwa porozumiano. W obec tego, że kara kryminalna jest daleko silniejszą pobudką do zaniechania tego czynu, skutki cywilne są bardzo nieznacznej doniosłości. W zbiorach orzeczeń nie znalazłem żadnego przypadku, w którymby przepis §. 68 u. c. stał się był praktycznym. Jest on pozostałością dawnych czasów i odmiennych zupełnie stosunków. Kto się dziś nie obawia ani kary doczesnej, ani potępienia wiecznego, ten się nie ulęknie także skutków §. 68 u. c., który z tego powodu mógłby odpaść bez szkody. — Przy opiniowaniu proj. MARTINIEGO prof. HUPKA w Wiedniu i BORZAGA we Lwowie żądali, aby ona tylko wówczas istniała, jesli morderstwo rzeczywiście popełnione zostało, — czego jednak nie przyjęto (HARRAS. V str. 22).

[3]) Niektórzy twierdzą, że porozumienie takie musi nastąpić w ciągu trwania pierwszego małżeństwa. Ob. RITTNER str. 121 i cyt. tamże uw. 8 autorów. Nie widzę powodu, dlaczegoby przyrzeczenie takie nie miało mieć skutku, gdyby nastąpiło jeszcze przed zawarciem pierwszego małżeństwa. Wszak zmowa taka byłaby w tym razie o wiele jeszcze ohydniejszą. Ob. także DOLLINER I str. 271.

[4]) Niektóre komisye proponowały dodać wyrazy: *wenngleich ohne Wissen des Andern.* Wniosku tego nie przyjęto, uważając go za zbyteczny (OFNER I str. 92 §. 75).

mym celu, lecz w czasie, gdy jeszcze przyrzeczenia małżeństwa nie było.

Z natury rzeczy wynika, że nastawanie na życie małżonka nosi w sobie zawsze znamiona co najmniej usiłowanego morderstwa; a więc istnieć musi zamiar pozbawienia życia drugiego małżonka, chociażby to skutkiem okoliczności od czynu niezależnych nie nastąpiło [5]). Czy zaś nastawała na życie małżonka jedna z osób interesowanych bezpośrednio, czy też za pośrednictwem innych w tym celu użytych osób, n. p. najętych morderców, dla istnienia przeszkody tej jest obojętnem.

Przeszkoda ta jest przeszkodą prawa publicznego (§. 94 ust. cyw.).

§. 424.

Cudzołostwo.

PRATOBORVERA *Zur Erläut. des §. 67...* w *Mater.* VI str. 352 n.; DOLLINER I §. 45; tenże w *Z. f. oest. Rg.* 1834 II str. 34; HELFERT tamże 1825 II str 337 n; RITTNER §. 16; ANDERS §. 10, *Grundr.* §. 9; SCHWARTZ w *Ger. Halle* Nr. 40 z r. 1891.

Małżeństwo między osobami, które ze sobą dopuściły się cudzołostwa, jest nieważne, jeśli dowód cudzołostwa przed zawarciem małżeństwa został ustalony (§. 67 u. c.) [1]).

---

[5]) W znaczeniu technicznem teraźniejszej ustawy karnej (§. 132 i 8 u. k.). Podług brzmienia §. 68 u. c. nie wystarczy inny nieprzyjazny zamiar, o jakim ustawa karna mówi przy zabójstwie (§. 140), ciężkiem uszkodzeniu cielesnem (§. 152 u. k.) i t. d. Natomiast wystarcza, jeśli przy zbrodni pojedynku (§. 158 u. k.) da się skonstatować zamiar pozbawienia życia. Okoliczność bowiem, iż nastawający na życie przeciwnika sam się naraża na niebezpieczeństwo, nie wyklucza faktu, że nastawał na życie drugiego. Przeciwnie RITTNER str, 121 w uw. 6 i STUBENRAUCH do §. 68 u. c.

[1]) Możnaby więc powiedzieć, że nie cudzołostwo, lecz przeprowadzony przed zawarciem małżeństwa dowód jego jest przeszkodą małżeństwa.

Cudzołostwo jestto naruszenie wierności małżeńskiej, popełnione przez dopuszczenie się osoby w związku małżeńskim zostającej, ze świadomością, spółkowania cielesnego z inną osobą, aniżeli z małżonkiem [2]). Podług §. 502 u. kar. cudzołostwa dopuszcza się osoba w związku małżeńskim zostająca; kara jednak dosięga tak jej, jak i osoby, z którą cudzołostwo popełnione zostało.

Ustanawiając tę przeszkodę a ograniczając ją zarazem do przypadków, w których cudzołostwo przed zawarciem drugiego małżeństwa zostało udowodnione, ustawa widocznie miała na celu zapobiedz zgorszeniu, jakie małżeństwo tego rodzaju wywoływać jest zdolne, a z drugiej strony zapobiedz, iżby po zawarciu małżeństwa bez takiego zgorszenia, nie wywlekano skandalu przez sądowe dochodzenia lub też, iżby małżonkowie nie nadużywali tej przeszkody w celu unieważnienia małżeństwa, które może stało im się niedogodnem [3]).

Przeszkoda ta jest względną, gdyż istnieje jedynie między osobami, które dopuściły się cudzołostwa ze sobą; zarazem jest ona przeszkodą publiczno-prawną (§. 94 u. c.).

Cudzołostwo tylko wówczas może być uważane za udowodnione, jeśli w celu stwierdzenia jego nie potrzeba już żadnego dochodzenia ani przeprowadzenia dowodu, a więc jeśli tak pod względem przedmiotowej istoty czynu, jak i pod względem podmiotowej poczytalności stwierdzone zostało przez

---

[2]) Gdyby małżeństwo było nieważnem, nie byłoby cudzołostwa dla braku przedmiotowej istoty czynu, a tem samem nie byłoby przeszkody, chociażby nawet rzekomy małżonek mylnie sądził, że narusza wierność małżeńską

[3]) Motywum, jakie zwyczajnie przytaczają (za ZEILLEREM I str. 217), że przepis ten ma na celu odstraszyć od cudzołostwa przez odjęcie dopuszczającym się tego czynu nadziei połączenia się węzłem małżeńskim, niezupełnie dopisuje. Chyba tylko bardzo wyjątkowo osoby dopuszczające się cudzołostwa, w chwili popełnienia czynu myślą o połączeniu się ze sobą węzłem małżeńskim. Por. RITTNER str. 120 w uw. 4. Niezawsze też dopisuje motywum ukarania przestępców, choćby już z tego powodu, że najczęściej ulega cudzołostwo karze podług ustawy karnej, dwa razy zaś nikt za ten sam czyn karany być nie powinien.

właściwą władzę [4]). Władzą taką jest jedynie tylko Sąd karny [5]), czy to w procesie o cudzołostwo wprost (§. 502 u. kar). czy też przy sposobności orzeczenia o innem przestępstwie n. p. zgwałceniu, dwużeństwie i t. p.

---

[4]) Według proj. MARTINIEGO I 3 §. 18 dowód taki miał nastąpić wyrokiem sądowym lub przez „sprawdzone w myśl ustaw doniesienie“ (*gesetzmässig erhobene Anzeige*). Podobnie kod. gal. §. 74 I. Podług uchwały w 1. odcz. powziętej miało rozstrzygać także przyznanie się przed zwierzchnością. Wicepr. v. HAAN objawił zdanie, że przyznanie się mieści się już w wyrazach *gesetzmässig erhobene Anzeige* (?), a v. AICHEN żądał umieszczenia jedynie wyrazów „*Der Ehebruch muss aber bewiesen sein*“. Tego wniosku jednakże wówczas nie uwzględniono (OFNER I str. 95 §. 74). Później dopiero na wniosek PRATOBEVERY uchwalono teraźniejsze brzmienie §. 67 u. c. Wzmiankę o wyroku i doniesieniach uważano za zbyteczną właśnie dla tego, iż wymagano przeprowadzonego, zatem przez władzę właściwą uznanego dowodu, a z drugiej strony nie chciano ograniczać się do dowodu sądowego, gdyż cudzołostwo było wówczas przestępstwem, należącem do kompetencyi władz politycznych. Por. dekr. kanc. nadw. z 6 grudnia 1833 zb. u. prow. górno austr. str. 239 (WINIWARTER *Hdb.* I str. 174). §. 13 pat. małż. z r. 1856 (podobnie już §. 23 kod. józ., § 18 pat. józ.) wymagał sądowego dowodu, z czego PACHMANN II str. 333 wnosił, iż dowód przez władzę polit. przeprowadzony dla katolików nie jest dostatecznym. Słusznie jednak RITTNER str. 125 uw 19. zwrócił uwagę na to, że w sprawach o przestępstwa karne władze polit. dawniej funkcyonowały jako sądy. Podług SCHULTE'GO (*Erl. d. Ges. üb. d. Ehen d. Katholiken*, str. 56) różnica między §. 13 pat. a §. 67 u. c. polega tylko na tem, że w pat. jest to tylko zakaz nie przeszkoda małżeństwa.

[5]) Według PACHMANNA l. c. str. 333 także i sąd cywilny, jeżeli orzeczeniu jego przepisać można prawdę materyalną. Przeciwnego zdania większość autorów, jak niemniej RITTNER, który dopuszcza dowodu przed sądem cywilnym tylko tam, gdzie tenże z urzędu dążyć ma do wykrycia prawdy materyalnej. DOLLINER I str. 261, STUBENRAUCH do §. 67 i ANDERS str. 24 dopuszczają nawet orzeczenia Sądu polubownego! Jeżeli się jednak zważy, że do przeprowadzenia dowodu czynności karogodnej w ustawie karnej przewidzianej, powołane są tylko sądy karne (por. art IV ust. wprow. kod. karny), a dekr. nadw. z 6 marca 1821 l. 1743 zb. u. s. już za dawnej procedury cyw., zaś §. 191 nowej proc cyw. na-

Ustawa nie wymaga, iżby cudzołosca był ukarany, — wystarczy owszem stwierdzenie czynu, chociażby karogodność jego zgasła skutkiem przebaczenia lub skutkiem przedawnienia skargi karnej (§. 503 u. k.) [6] [7]).

§. 425.

Spowodowanie rozwodu [1]).

DOLLINER I §. 47; RITTNER §. 16; ANDERS §. 10.

Małżeństwo niekatolickie może być — jak to później wyłożone będzie — za życia obojga małżonków rozwiązane z powodów w §. 115, 133 n., u. c. wymienionych. Jeśli to nastąpi,

---

wet w razie podejrzenia o czyn karogodny przewidują wstrzymanie procesu cywilnego i odczekiwać każą wyroku sądu karnego, nie powinno być wątpliwem, że do stwierdzenia, czy jakiś czyn karogodny został popełniony, jedynie tylko sąd karny jest powołany.

[6]) RITTNER str. 125 uw. 18.

[7]) W kod. niem. stwierdzone cudzołostwo nie jest przeszkodą małżeństwa, lecz uzasadnia jedynie zakaz małżeństwa. W ciągu drugiego odczytu podnosiły się głosy, żądające uchylenia tego zakazu, motywowane tem, że jeśli cudzołostwo popełniono, ustawa większą odda przysługę moralności publicznej, jeśli dopuści małżeństwa, aniżeli jeśli je zakaże. Pr. angielskie i francuskie nawet zobowiązuje małżonka cudzołożnego do poślubienia tego, z którym cudzołostwo popełnił. Utrzymano jednak zakaz w nowym kod. głównie ze względu na dotychczasowe prawodawstwo, aby się nie wydawało, że ustawa nowa liberalniej na przestępstwo to się zapatruje. Ob. prot. 2. odcz. IV str. 28 n.

[1]) W literaturze austr. nazwano tę przeszkodę *Theilnahme an der Trennungsursache,* coby można na polskie przełożyć przez „uczestnictwo". Utarta ta nazwa nie wydaje mi się jednak stosowną. Uczestnictwo tu bowiem zachodzić może, lecz nie musi. Używanie wyrazu *Theilnahme* (którego ustawa nie używa) doprowadziło n. p. DOLLINERA do mylnego zd. m. wniosku, iż przeszkoda wymaga porozumienia się sprawcy z jednym z rozwiedzionych małżonków (str. 272 sub 3 „*weil es auf blosser Theilnahme beruht*"). Do tego ustawa żadnej podstawy nie daje.

to w ogóle każdemu z rozwiedzionych małżonków wolno wstąpić w nowe śluby małżeńskie. Nie może on jednakże ważnego małżeństwa zawrzeć z osobą, która podług dowodów przy rozwodzie przedłożonych spowodowała poprzedni rozwód przez cudzołostwo, poduszczania lub w inny karogodny sposób (§. 119 u. c.). Działanie takie powoduje więc względną — gdyż tylko między tą osobą a jednym z rozwiedzionych małżonków istniejącą — przeszkodę małżeństwa, która zresztą, jak to z powyższego wynika, tylko do niekatolików odnosić się może, ponieważ rozwodu katolickiego małżeństwa ustawa nie zna (§. 111 u. c.).

Ażeby o tej przeszkodzie małżeństwa mowa być mogła, potrzeba:

1) iżby istniejące ważnie małżeństwo niekatolickie rozwiedzione zostało skutkiem przyczyn, spowodowanych przez tę właśnie osobę trzecią, gdyż tylko wówczas można powiedzieć, że owa trzecia osoba rozwód spowodowała;

2) iżby działanie tej trzeciej osoby było karogodnem, a więc albo samo dla siebie przedstawiało się jako czyn karogodny (n. p. cudzołostwo, namawianie do zbrodni, pociągającej za sobą karę przynajmniej pięcioletniego więzienia i t. p., §. 115 u. c.), albo też podjęte było wprost w zamiarze spowodowania rozwodu, albo w końcu — chociażby bez takiego z góry powziętego zamiaru — przedstawiało się jako działanie niemoralne (jak n. p. intrygi, poduszczania i t. p.)[2]);

3) iżby tego rodzaju działanie w procesie rozwodowym stwierdzone zostało, z czego wynika, że gdyby dowody takiego działania dopiero po uzyskaniu rozwodu na jaw wyszły, nie mogłyby uzasadnić nieważności małżeństwa[3]).

---

[2]) Według zgodnego zdania wszystkich komentatorów wyraz *sträflich* obejmuje nie tylko działanie wprost karogodne, lecz także i przeciwne moralności. Rozszerzające tłumaczenie to motywują tem, że ustawa wspomina także o „poduszczaniach", które nie są wprawdzie karogodnemi w znaczeniu ustaw karnych, lecz sprzeciwiają się moralności. Nowszy prawodawca byłby się wyraził tu: „w sposób sprzeciwiający się dobrym obyczajom" (*in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise*, por. n. p. kod. niem. §. 138, 226 i t. p.).

[3]) Motywem prawodawczym tej przeszkody, podobnie jak przeszkód cudzołostwa i nastawania na życie małżonka, jest

Nie wymaga zaś ustawa, ażeby działanie to podejmowane było w porozumieniu z jednym z rozwiedzionych małżonków [4]), a tem mniej, aby je poprzedzało przyrzeczenie małżeństwa (a więc inaczej, jak w przypadku §. 68 u. c.); nie odróżnia też ustawa, czy małżeństwo nowe zawarte być ma między osobą działającą a małżonkiem, którego uznano winnym rozwodu, czyli też z tym, który winy w rozwodzie nie ponosi [5]).

Przeszkoda ta jest przeszkodą prawa publicznego (§. 94 u. c.).

---

widocznie uchylenie pobudki dążenia do rozwiązania małżeństwa za pomocą intryg i poduszczań lub innych czynów niezgodnych z obyczajnością. Nie chciał iść jednak prawodawca tak daleko, jak poszedł przy nastawaniu na życie małżonka. Przepis, iż dla unieważnienia drugiego małżeństwa mogą być użyte tylko dowody zebrane już w procesie o poprzedni rozwód, ma na celu, podobnie jak przy cudzołostwie, zapobiedz późniejszemu ich wywlekaniu i dochodzeniu. §. 111 kod gal. opiewał co do istoty zgodnie z § 1.9 u. c. Przy pierwszym odczycie na wniosek referenta dodano ustęp, nakazujący, ażeby przy rozwodach, które takiem karygodnem działaniem zostały spowodowane, w wyroku było postanowionem, że osoby rozwiedzione mogły wstępować w powtórne związki małżeńskie za pozwoleniem sądu, który wydał wyrok (SONNENFELS radził nawet, aby małżonkowi, który dał powód do rozwodu, w ogóle nie pozwolono zawierać ponownie małżeństwa (OFNER I str. 138 n.). W rewizyi ustęp ten dodany opuszczono (OFNER II str. 348 §. 97).

[4]) Przeciwnie DOLLINER str. 279 opierając się na tem, że przeszkoda ta polega na „uczestnictwie w przyczynie rozwodu“, co z ustawy nie wynika. Por. wyżej uw. 1.

[5]) Przeczy temu RITTNER (str. 123 uw. 12) ze względu na ducha ustawy, chociaż przyznaje, że tłumaczenie to nie sprzeciwia się dosłownemu jej brzmieniu. Skoro jednak w §. 119 mowa tylko o działaniu osoby trzeciej, okoliczność, czy i który małżonek ponosi winę w rozwodzie, musi być obojętną. Inaczej nie istniałaby ta przeszkoda, gdy n. p. rozwód orzeczony został bez winy którego z małżonków n. p. z powodu nieprzezwyciężonego wstrętu (§. 115 u. c.), a przecież i wstręt ten mógł powstać skutkiem intryg trzeciej osoby.

C) O wadliwościach zezwolenia.

§. 426.

Wpływ błędu.

DOLLINER *Eher.* I str. 150 n.; RITTNER *Eher.* §. 24 - 28; SCHWARZ *Excurse* w *Ger. Halle* 1891 N. 31 – 35; ANDERS *Famil.* § 11, *Grundr.* §. 12, 13; PFERSCHE *Irrthumslehre* str. 58 n.; KRAINZ-PFAFF II §. 427; GERIGK *Irrthum u. Betrug nach kirchl u. staatl R.* 1898; GAUGUSGH *Der Irrthum als Ehehinderniss* 1899 (czysto kanon.). SEHLING *z. Lehre v. Irrth. i. d. Person* w *Deutsche Ztsch. f. Kirchenr.* I str. 51 n.

Odmiennie, aniżeli w prawie majątkowem (ob. wyżej I §. 95, III §. 278) urządza prawo austryackie wpływ błędu na ważność oświadczenia woli zawarcia małżeństwa. W szczególności ograniczony jest wpływ unieważniający błędu do dwóch przypadków, a to:

1) jeżeli zaszedł w osobie małżonka (*error personae*, §. 57 u. c.);

2) jeżeli małżonek po ożenieniu się zastanie żonę w ciąży od innego (§. 58 u. c.).

Żaden inny błąd małżonków, ani też zawiedzione ich oczekiwania co do przypuszczonych lub nawet umówionych warunków, nie stoją na przeszkodzie ważności małżeństwa (§. 59 u. c.)[1]).

---

[1]) Według kod. józ. I 3 §. 29 także błąd co do przymiotu mógł uczynić małżeństwo nieważnem. jeśli przymiot jest tego rodzaju, iż zmienia całą istotę (*Wesenheit*) osoby, i jeżeli z jednej strony przyzwolenie ograniczono wyraźnie do tego przymiotu, a z drugiej strony przymiot ten w sposób oszukańczy udawano. Według proj. MARTINIEGO I 3 §. 8 przyzwolenie było bezskutecznem z powodu istotnego błędu, *wenn solche (die Einwilligung)... durch einen wesenlichen Irrthum, nämlich in der Person selbst des künftigen Ehegatten listigerweise erschlichen... worden ist.* Opinie z niektórych krajów żądały, ażeby błąd co do istotnych przymiotów osoby, chociażby nie były przedmiotem osobnej umowy, czynił małżeństwo nieważnem. Prof. GROSS z Pragi uważał np. w przypadkach nierówności stanu błąd co do wyższego stanu za istotny. Były

Nie czyni więc różnicy, czy błąd jest takim, że gdyby osoba błądząca była wiedziała o właściwym stanie rzeczy, nie byłaby do zawarcia małżeństwa przystąpiła [2]), czy nie, czy błąd da się usprawiedliwić, czy nie, czy błądzący popadł w błąd z własnej winy, czy skutkiem fałszywego przedstawienia, a nawet podstępu lub oszustwa drugiego małżonka, lub kogokolwiek innego [3]), czyli też przypadkowo.

---

głosy i za tem, aby żaden *error qualitatis* nie czynił małżeństwa nieważnem (HARRAS. *Cod. Ther.* V str. 28 uw. 7). Przepis MARTINIEGO przeszedł jednak bez zmiany do kod. gal (I §. 65, 67). Przy obradach nad ust. cyw. (OFNER str 79—84) opuszczono najpierw słowo *wesentlich* — (słusznie), — bo jak z jednej strony każdy błąd co do osoby był podług §-fu tego istotnym, to żaden inny nie mógł być istotnym, — tudzież opuszczono wyrazy *listigerweise erschlichen*, co już było ważną zmianą. Pozostałe wyrazy tłumaczono sobie zaś w ten sposób, że nietylko błąd co do osoby samej, lecz i co do przymiotów czyni nieważnem małżeństwo, jeśli przechodzi w błąd co do osoby (*si error qualitatis redundat in errorem ipsius personae*), a więc „właściwie" jest błędem co do osoby. SONNENFELS zgodnie z tem, czego bronił już w kom. rew., uczynił wniosek, aby unieważniał małżeństwo każdy błąd co do okoliczności, *unter welchen eine gesittete und vernünftige Person nicht in die Ehe eingewilligt haben würde* (OFNER str. 81); — jako takie błędy przytoczył: zapłodnienie małżonki przez innego, odrażające choroby, niemoc, zbrodnię przed ślubem dokonaną, karę odbierającą cześć, zagranicą odcierpianą i t. p. (Uwagi godnem jest, że myśl SONNENFELSA znalazła jeszcze w najnowszych czasach wyraz w kod. niem §. 1333 — por. niżej uw. 6). W pośród dyskusyi (OFNER I str. 85—91) przytaczano przykłady, mające udowodnić, że jakkolwiek *in der physichen Person* nie zaszła pomyłka, słuszność przemawia za uwzględnieniem błędu co do przymiotów. Przeważyło jednak zdanie, że państwu powinno zależeć na tem, aby małżeństwa były ile możności utrzymywane w mocy i aby jak najmniej było sposobności do rozwodów, a z drugiej strony pożądanem jest, aby każdy do tego aktu przystępował z należytą ostrożnością. Wnioski SONNENFELSA się nie utrzymały mimo gorącej ich obrony, a tylko co do zbrodni przed ślubem popełnionej okazała się równość głosów.

[2]) Ob. wyżej w uw. 1 o opuszczeniu wyrazu *wesentlich*.

[3]) Ob. wyżej w uw. 1 o opuszczeniu wyrazów *listigerweise erschlichen* i głos ZEILLERA (OFNER str. 81): ....*weil der Irrthum in der Person, wenn er auch ohne Betrug, durch Zufall*

I. Błąd co do osoby małżonka zachodzi wówczas, jeśli osoba, z którą zawarte zostało małżeństwo, nie jest tą samą osobą, z którą je zamierzono zawrzeć.

Do zaistnienia ważnego małżeństwa nie jest wystarczającą wola zawarcia małżeństwa w ogóle. Gdy bowiem małżeństwo zawsze tylko z jedną osobą zawarte być może, osoba ta musi być indywidualnie oznaczoną. Zawarcie małżeństwa wymaga więc woli zawarcia go zawsze tylko w odniesieniu do pewnej indywidualnie oznaczonej osoby.

Indywidualność pewnej osoby określa się przez takie znamiona, które właściwe są tylko jednej i jedynej osobie, a odróżniają ją od wszelkich innych osób na świecie. Jeżeli więc zamiar w chwili decydującej skierowany był na zawarcie małżeństwa z osobą, w której owo indywidualizujące znamię zachodzi, a okaże się później, że poślubiona osoba tego znamienia nie ma, a zatem jest inną osobą, zachodzi błąd co do osoby, który czyni małżeństwo nieważnem [4]).

---

oder durch Versehen veranlasst worden, dennoch die Ehe ungiltig mache Por także poniżej uw. 6.

[4]) Odróżnić przytem można trzy przypadki takiego błędu:

a) Jeżeli Antoni zamierza poślubić Bronisławę i mniemając, że ta Bronisława obok niego stoi, przy uroczystym akcie to oświadcza, a stojąca obok Celina oświadcza, że chce poślubić Antoniego, to wprawdzie błąd co do osoby zaszedł po stronie Antoniego, lecz umowa taka nie jest nieważną skutkiem błędu Antoniego, ale wcale do skutku nie doszła, bo niema wzajemnego zgodnego oświadczenia woli.

b) Jeżeli Antoni zamierza poślubić Bronisławę, którą zna osobiście, i mniemając, że Bronisława obok niego stoi, oświadcza bez wymienienia jej imienia, że obok stojącą osobę poślubić chce, a obok stojąca Celina oświadcza, że chce poślubić Antoniego, to wprawdzie umowa przez zgodne oświadczenie woli doszła do skutku, Antoni jednakże może żądać unieważnienia z powodu błędu co do osoby.

c) Jeżeli Antoni chce poślubić Bronisławę, której wprawdzie nie zna osobiście lecz tylko stąd, że jest córką przyjaciela, a do uroczystości ślubnej zgłosi się Celina, przedstawiając się jako owa Bronisława, i jeżeli wówczas Antoni, mniemając, że Bronisławę ma przed sobą, oświadczy, iż tę obok stojącą osobę chce pojąć za żonę, — zachodzi po jego stronie również błąd co do osoby; — między tym przypadkiem a wymienionym pod *b*) zachodzi tylko ta różnica, że w przypadku pod *b*)

Rozumie się samo, że błąd zajść musiał przed decydującem oświadczeniem woli, a najpóźniej w chwili oddania tegoż, a wiadomym stać się musiał po temże oświadczeniu. Gdyby bowiem oświadczający stał się świadomym błędu jeszcze przed oddaniem oświadczenia, nie byłby już w błędzie w chwili tegoż oddania.

Od błędu co do osoby odróżnić należy ściśle błąd co do przymiotów osoby (już zindywidualizowanej), którą zamierzono poślubić. Chociażby więc kto zamierzał poślubić pewną indy-

---

błąd zaszedł skutkiem mylnego spostrzeżenia a raczej niedopatrzenia się ze strony Antoniego, w przypadku pod *c*) zaś niema tego mylnego spostrzeżenia, lecz nie mniej zachodzi błąd co do osoby poślubionej, ponieważ Antoni nie chciał poślubić Celiny, którą poślubił, lecz Bronisławę, której nie poślubił.

Przypadek pod *b*) wymieniony nazywają *error personae*, przypadek pod *c*) *error qualitatis in personam redundans* — niewłaściwie, bo i przypadek pod *c*) nie jest błędem co do przymiotów lecz co do indywidualności osoby; tu i tam zachodzi *eine Verwechslung der Personen*. Odróżnienie tedy dla pr. aust. *error personae* i *qual. in pers. red.* nie ma wewnętrznego uzasadnienia. Różnica bowiem polega tylko na sposobie indywidualizowania osoby kontrahenta. W obydwóch przypadkach chodzi nie o to, czy osoba ma jaki przymiot czy nie, tylko o to, czy osoba poślubiona, bez względu na swe przymioty, jest tą samą osobą którą poślubić zamierzono, czy też inną. Ob. także SCHULTE str. 103 n., RITTNER §. 26. Inaczej formułuje błąd co do osoby PFERSCHE *Irrthumslehre* str. 60. Podług niego uroczyste oświadczenie nową i samoistną decyzyę mieści w sobie tylko co do kwestyi, czy, a nie z kim małżeństwo ma być zawarte. Wybór osoby następuje na długo przedtem i objawia się w zaręczynach. Oświadczenie uroczyste, jeśli się tyczy tej samej osoby, którą podano w zaręczynach i zapowiedzi, uważa PFERSCHE za normalne, za anormalne zaś, jeśli się tak rzecz niema. Zdanie to, które podziela ANDERS *Grundr.* l. c., identyfikuje zewnętrzny objaw zamiaru z zamiarem samym, nie uwzględnia zaś, że objaw zamiaru w zaręczynach może być tak samo sprzecznym z zamiarem, jak objaw w uroczystem oświadczeniu. — Por. rec. OFNERA w Grünh. XIX str. 442, DOLIŃSKIEGO w Przegl. prawa i adm. 1892 str. 380 i moją tamże 1899 I. str. 806. Rozwiązanie kwestyi przez PFERSCHEGO nie jest więc zadowalniającem.

widualnie wskazaną osobę tylko w przypuszczeniu, że ona jest szlacheckiego pochodzenia, że jest dzieckiem tego lub innego, że jest dobrą, bogatą, zgodnego usposobienia, wykształconą, że pewne godności piastuje, a okaże się po ślubie, że te przypuszczenia się nie sprawdziły, błędy te nie wpłyną na ważność oświadczenia woli[5]),

---

[5]) Różnicę, jaka zachodzi między błędem co do osoby a błędem co do przymiotów, charakteryzuje trafnie SEHLING l. c. str. 61 w sposób następujący: W pierwszym przypadku A. nie chce poślubić C., lecz B., w drugim przypadku chce poślubić C., ale z innymi przymiotami. — SEHLING uważa za rozstrzygające, czy obok osoby poślubionej istnieje lub istniała jeszcze inna na świecie, którą A. poślubić chciał, czy nie, co wydaje mi się słusznem. SEHLING idzie jednak, zdaniem mojem, za daleko, jeśli (str. 63) kontentuje się istnieniem tej innej osoby w fantazyi poślubiającego i uważa n. p. następujący przypadek za błąd co do osoby: A. chce poślubić tego, kto jej życie ocalił. W mniemaniu, że tym jest B, poślubiła go. Pokazuje się, że takiego, ktoby jej był życie ocalił, nie ma wcale na świecie. Zd. m. w tym przypadku jest to czysty błąd co do przymiotów. — Odróżnienie błędu co do osoby od t. zw. *error qualitatis in personam redundans* stało się przyczyną, że przypadki tegoż ostatniego w prakt. austr. częstokroć poddają pod prawidła §. 59 u. c. i odmawiają mu wpływu na możność unieważnienia małżeństwa. Tak n. p. orz. 12041. które w kołach niem. kanonistów wzbudziło pewne zdumienie. W r. 1865 zniknął Gabryel M. ze swej wioski i słuch o nim zaginął W r. 1875 pojawił się tamże człowiek, który wydawał się za Gabryela M i skłonił dziewczynę, która go miała za Gabryela, towarzysza swego i przyjaciela z lat dziecinnych, iż mu rękę oddała. Po ślubie wrócił prawdziwy Gabryel, tamten zaś znikł. Dwie niższe instancye uznały małżeństwo za nieważne, Najw. Tryb. zaś odmówił uznania nieważności, ponieważ skarżąca znała przyszłego małżonka swego, oświadczyła w obec urzędu paraf., że go chce mieć za małżonka, a błąd jej nie tyczył się fizycznej osoby, lecz tylko nazwiska jego, pochodzenia, stanowiska i majątku, a więc tylko zewnętrznych stosunków, które z jego fizyczną osobą nie miały nic spólnego, nie był więc błędem co do osoby. Pominąwszy, że w tym przypadku małżeństwo było już z powodu błędnego ogłoszenia zapowiedzi nieważnem, (gdyż zapowiedzi opiewały na małżeństwo z Gabryelem M., a ślub wziął kto inny, por. orz. 5553) — tak ciasne pojęcie *erroris personae* nie da się usprawiedliwić ani ustawą, ani materyałami do ust. (ob. wyżej uw. 1 i trafną krytykę tego orzeczenia u SEHLINGA l. c) — PFERSGHE l. c. uważa je

chociażby błąd nietylko przez drugą osobę, lecz nawet oszustwem był wywołany [6]).

II. Wyjątkowo jeden tylko błąd co do przymiotu małżonki zdolnym jest unieważnić małżeństwo, a tym jest wspomniany wyżej pod 2) błąd co do stanu małżonki, jeżeli mianowicie mąż po ślubie przekona się, iż żonę poślubił ciężarną od innego (§. 58 u. c.) [7]). Ażeby z tego powodu można unieważnić małżeństwo, koniecznem jest:

---

ze swego stanowiska za trafne i twierdzi, że gdyby skarżąca była już z Gabryelem zaręczoną przed jego odjazdem, ślub z drugim byłby nieważnym! Słusznie zresztą OFNER l. c. utrzymuje, że nie uchodzi rozstrzygać takich przypadków podług szablonu, lecz należy je badać starannie, na seryo, z pietyzmem, którego wymaga małżeństwo — zwłaszcza katolickie, ze względu na swą nierozerwalność.

[6]) *De lege ferenda* RITTNER str. 187 uw. 9 słusznie uważa, że pożądane byłoby uwzględnienie oszustwa przy zawarciu małżeństwa. Rzeczywiście sprzeciwia się to poczuciu prawa, jeżeli dozwala się oszustowi iżby używał owoców swego karogodnego lub niemoralnego działania. Na tem też polegał cyt. wyżej w uw. 1 wniosek SONNENFELSA, a myśl jego, prawie bez zmiany, chociaż innemi słowy, znalazła wyraz w §. 1333 najnowszego kod. niem., który dopuszcza opugnowania małżeństwa przez małżonka także i dla błędu co do przymiotów drugiego małżonka, *die ihm bei Kenntniss der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.* §. 1334 kod. niem. z tem samem zastrzeżeniem pozwala opugnować małżeństwo małżonkowi, który spowodowany został do małżeństwa *durch arglistige Täuschung.* Ob. streszczenie debaty w komisyi Reichstagu w *Bericht der Reichstagskommission üb. d. Entw.* (1896) str. 106 która to debata miała wiele podobieństwa do obrad kom. prawod. ust. cyw., gdyż o te same zasady się spierano. Aby uchylić obawy, iżby błędu co do stosunków majątkowych nie nadużywano do unieważnienia małżeństwa, dodano do §. 1334 ustęp: *auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse findet die Anfechtung nicht statt.*

[7]) Nie należy identyfikować tego błędu z t. zw. *error in virginitate*, który podług pr. austr. żadnego wpływu nie ma na ważność małżeństwa. Przeszkody z §. 58 u. c. nie znało pr. kanon. Ob. SCHULTE str. 110 n.

1) iżby żona była od innego zapłodnioną już w chwili zawarcia małżeństwa [8]), przyczem obojętnem jest — *lege non distinguente* — czy stało się to z jej przyzwoleniem, czy też wbrew jej woli, n. p. wskutek zgwałcenia, w stanie nieprzytomności i t. p.;

2) iżby mąż dopiero po zaślubieniu o tem się dowiedział; — obojętnem zaś, kiedy, czy może nawet dopiero po rozwiązaniu [9]).

Nie ma prawa żądać unieważnienia małżeństwa z powodu §. 58 u. c., kto wbrew zakazowi §. 120 i 121 u. c. przed upływem czasu tamże oznaczonego poślubił osobę owdowiałą, lub której małżeństwo zostało rozwiązane lub uznane za nieważne (o czem mowa będzie jeszcze poniżej [10]).

Tak w tym przypadku, jak i w razie błędu co do osoby, nieważność jest względną (§. 94 u. c.); — małżonek, który wiedział o błędzie drugiego (§. 95 u. c.), albo też, który mimo osiągniętej wiadomości o istnieniu przeszkody zostawał nadal

---

[8]) Późniejsze zapłodnienie nie ma tego skutku, równie jak poprzednie rozwiązanie.

[9]) Inaczej nie byłby w błędzie. Co do ciężaru dowodu, to kod. józ. (§. 30) nakładał na małżonka dowód nieświadomości. Przy obradach nad proj. MARTINIEGO podnoszono, że takiego dowodu na męża nakładać nie wypada, skutkiem czego opuszczono z proj. MARTINIEGO ustęp, stanowiący, że mąż nieświadomość swoją stwierdzić winien przysięgą, a wychodzono przytem z założenia, że domniemanie przemawia za jego nieświadomością, bo przypuszczać nie można, iżby świadomie żenił się z osobą przez innego zapłodnioną (HARRAS. *Cod. Ther*. V str. 29 uw. 8). — Praktyka uważa zarzut świadomości jako excepcyę, którą udowodnić winna żona, orz. 5226 (podobnie jak w przypadkach zaprzeczenia ślubnego pochodzenia z §. 156 u. c. — orz. 3605, 5620, 9203). Por. także orz. 10068 i 14518. Tak też ZEILLER I str. 201, DOLLINER I str. 157, uważając takie rozłożenie ciężaru dowodu za naturalne. Innego zdania RITTNER str. 188 uw. 11, ponieważ błąd jest zasadą skargi. W obec zasady oficyalności procesu małżeńskiego, a obecnie w ogóle procesu cywilnego — kwestya ciężaru dowodu nie ma wielkiego praktycznego znaczenia.

[10]) Motywowano to postanowienie tem, iż mąż, żeniąc się pierwej, czyni to na własne nisbezpieczeństwo i sam sobie przypisać musi skutki (OFNER I str. 84).

w spólności małżeńskiej (§. 96 u. c.), nie ma prawa żądania unieważnienia małżeństwa z powodu tychże przeszkód[11]).

§. 427.

Przymus.

DOLLINER I §. 25; RITTNER §. 28; ANDERS §. 11, *Grundr.* §. 13; SCHWARTZ w *Ger. Halle* N. 31 z 1891; PFERSCHE *Irrthumslehre* str. 66.

Bardziej, aniżeli przy innych aktach prawnych, ustawa przestrzega wolności woli przy zawieraniu małżeństwa i stanowi, że zezwolenie na małżeństwo nie ma mocy prawnej, jeśli wymuszone zostało wywołaniem uzasadnionej obawy (§. 55 u. c., ust. 1)[1]). Nie może tu być mowy o przymusie fizycznym (*vis absoluta*), który nietylko wolność woli, lecz w ogóle wolę samą wyklucza[2]), ani nie należy tu przymus moralny tak intenzywny, iżby wywołał wprost stan psychicznej niezdolności do działania. W takich bowiem przypadkach zezwolenie na małżeństwo byłoby wprawdzie nieważnem, lecz nie z powodu przymusu, ale dla braku wymaganego oświadczenia woli[3]). Ustawa owszem mówi o wywołaniu uzasadnionej bojaźni, a więc stanu takiego, w pośród którego swoboda woli wprawdzie nie jest wykluczoną całkowicie, lecz krępowaną o tyle, że oświadczenie woli nie jest objawem prawdziwej wewnętrznej woli, lecz rezultatem procesu umysłowego, w pośród którego zagrożona osoba rozważa, co będzie jej mniej szkodliwem, czy ucierpienie grożącego jej zła, czyli też uniknięcie tegoż przez oddanie zezwalającego oświadczenia[4]).

---

[11]) W §. 68 kod. gal. było dodane to ostatnie postanowienie, lecz zostało opuszczone skutkiem przyjęcia ogólnej zasady §. 96 (OFNER II str. 507). Samo podejrzywanie ciężarności, albo nawet okoliczność, iż mąż o ciężarności wiedzieć mógł, nie jest jeszcze wiadomością o niej. Orz. 10068.

[1]) Por. §. 870 u. c., tyczący się umów w ogólności.

[2]) Taki przymus zresztą trudno sobie wyobrazić przy akcie uroczystym, polegającym na ustnem oświadczeniu woli.

[3]) RITTNER str. 192.

[4]) O mylności dogmatu PAULUSA: *quamvis si liberum fuisset, noluissem, tamen coactus volui* (L 5. D. *quod met* c. 4, 2);

Ażeby bojaźń mogła doprowadzić do unieważnienia małżeństwa, musi być:

1) wywołana groźbą, wywartą w celu wymuszenia małżeństwa, gdyż tylko wówczas powiedzieć można, że oświadczenie zezwalające na małżeństwo zostało wymuszone (*erzwungen*) [5]). Kto zaś tej groźby użył — *lege non distinguente* — jest obojętnem [6]), jak nie mniej i okoliczność, czy zagrożone

---

ob. szczeg. SCHLOSSMANN *Zur Lehre vom Zwange*, str. 116 n., przeciw twierdzeniu SAVIGNYEGO (*Syst.* III, str. 102) i dotąd jeszcze panującemu zdaniu, do którego przyłączył się RITTNER str. 192 uw. 2, że przymus nie znosi wolności woli, ponieważ wolność woli polega na możności wyboru pomiędzy kilkoma możebnemi decyzyami, a tej zagrożony nie jest pozbawiony. To też SAVIGNY nie w wykluczeniu wolności woli, lecz w nieobyczajności przymusu upatruje przyczynę, dla której wymuszony akt może być unieważniony. Jeżeli jednak kto do małżeństwa, którego nie chce, zmuszony zostaje groźbą, nie można powiedzieć, iżby pod wpływem groźby chciał małżeństwo to zawrzeć; chce on, dla uniknięcia niebezpieczeństwa, oddać wymagane oświadczenie, które woli jego nie odpowiada. *Bei dem Zwange* — powiada SCHLIEMANN (*Die Lehre vom Zwange* 1861) — *ist es jedenfalls zweifelhaft, ob der Erklärung der wirkliche Wille entspricht, ob auch der Inhalt der Erklärung, und nicht vielmehr bloss die Erklärung gewollt ist.* Kwestya sporna w pr. posp., czy użycie groźby powoduje nieważność, czyli tylko obligacyjny obowiązek rozwiązania interesu, pod wpływem groźby zawartego, dla pr. małż. nie ma znaczenia ze względu na to, że rozwiązanie małżeństwa nie jest w mocy stron zawierających je. To, co KOHLER (*Legisl. üb. d. Gestaltung des Erbr.* w Grünh. XVI str. 122) mówi o rozp. ost. woli: *Es handelt sich hier nicht um ein Verkehrsgeschäft ...hier verlangt die Rechtsordnung eine besonders scharfe Repression gegen jeden Versuch, durch Beugung des Willens in das Heiligthum der Selbstbestimmung einzudringen* — zastosować się da, może w wyższym jeszcze stopniu, do małżeństwa.

[5]) Jeśli więc kto n. p. pod zastraszającym wpływem przyrody albo wyobrażeń przesądnych popada w stan bojaźni i zezwala na małżeństwo mu wstrętne, unieważnić tego nie może. Por. SCHULTE str. 127 i uw. 9.

[6]) W ciągu obrad środkowo austr. Tryb. apel. wnosił, aby dodać wyrazy: *von wem immer* (*...erzwungen*). Referent skłaniał się do tego wniosku, odstąpił zaś od niego, gdy inni przedstawili, że to się samo rozumie, jeśli w ustawie nie po-

zło dotyka tylko tego. któremu niem zagrożono, czyli też innych osób [7]);

2) między groźbą. bojaźnią i oddaniem zezwalającego oświadczenia musi istnieć związek przyczynowy tak, iżby groźba była przyczyną zezwolenia. Groźba, którąby nie wywołała bojaźni, nie może wpływać na ważność małżeństwa tak samo, jak bojaźń, którąby nie była wywołana groźbą (*metus intrinsecus*) [8]). Z tego wynika dalej, że

3) bojaźń musi być w zachodzących okolicznościach uzasadnioną. Czy zaś taką jest, ocenić winien sędzia podług wielkości i prawdopodobieństwa niebezpieczeństwa i podług stanu cielesnego i umysłowego osoby zagrożonej (§. 55 u. c., ust. 2) [9]).

---

wiedziano, od kogo groźba ma pochodzić. Że tak tłumaczyć należy ustawę, wynika z zestawienia §. 55 z §. 95, gdzie mowa o tem, czy strona niezmuszona „o wywarciu bojaźni" wiedziała.

[7]) Por. SCHULTE *Eher*. str. 127. Słusznie RITTNER str. 196 zauważa że niewątpliwie zdarzają się przypadki, iż zagrożenie trzeciej osoby (matki, siostry, przyjaciela) wywołać może wyższy stopień obawy, aniżeli zagrożenie samego działającego.

[8]) RITTNER str. 194 n. Por. wyżej uw. 5.

[9]) Ustanowienie pewnych reguł pod tym względem jest wprost niemożebnem. Słusznie więc oddała ustawa sędziemu ocenienie, czy bojaźń była uzasadnioną (RITTNER str. 195 n.). Nie ma bowiem na to bezwzględnej miary. O kazuistyce w pr. kan. ob. SCHULTE str. 121. Z tego stanowiska rozstrzygać należy także kwestyę, czy t. zw. *metus* (*timor*) *reverentialis*, przez który rozumiano obawę dziecka, ażeby rodzicom przez odmowę zezwolenia na małżeństwo nie sprawić przykrości, wystarczającym jest do unieważnienia małżeństwa z zachodzących w danym przypadku okoliczności. W ciągu drugiego odczytu PRATOBEVERA zwrócił uwagę na ten *timor reverentialis* i uchwalono wówczas (§. 48) dodać do tekstu ustęp: „*auch aus den Verhältnissen, in welchen die drohende Person zu der bedrohten steht*". Prezydent nawet uznawał taką presyę za tak karogodną, iż pragnął, aby o każdym przypadku takim donoszono zwierzchności. Mimo, że powyżej przytoczony ustęp uchwalony został, nie znalazł się w ustawie. Widocznie ZEILLER stylizując ostatecznie, opuścił go (OFNER II, str. 342 i uw. 1).

Natomiast nie wspomina ustawa, iżby groźba musiała być bezprawną, t. z. iżby grożący nie miał prawa grozić złem zagrożonem [10]), uważa bowiem widocznie każdą groźbę za bezprawną, jeśli użytą zostaje w celu wywołania bojaźnią zezwolenia, chociażby grożący zresztą do użycia groźby był uprawnionym [11]) [12]).

§. 428.

Porwanie (Wykradzenie) [1]).

DOLLINER I §. 26 i w *Ztschr. f. ö. Rg.* 1834. II str. 198; RITTNER §. 17; ANDERS §. 10. 2, *Grundr.* §. 10.

Zezwolenie na małżeństwo jest nieważne, jeżeli je dała osoba porwana (wykradziona) i wolności jeszcze nie powrócona (*imp. raptus*, §. 56 u. c.).

Z umieszczenia przepisu tego pod rubryką przeszkód „z braku rzeczywistego zezwolenia", wynika, że przeszkoda ta uzasadnioną jest nie karogodnością czynu, lecz brakiem, a przynajmniej ograniczeniem swobody woli, wymaganej do

---

Słusznie o t. z. *metus reverentialis* nie uczyniono wzmianki w kod niem. Ob. mot. I. odcz. IV, str. 71 n. Wyraźnie wyklucza go §. 1593 ust. cyw. sask.

[10]) Tak, jak to czyni w §. 870 u. c.

[11]) Środk. austr. Trybunał proponował stylizacyę: *wenn sie durch eine widerrechtliche, grösseren Eindruck machende Furcht erzwungen wird.* Na to jednak ZEILLER odparł: *jede Gewalt, durch welche man jemanden zur Ehe zwinge, sei nach unseren Gesetzen widerrechtlich.* — Co do wielkości groźby odparł zaś, że o groźbie, która żadnego nie czyni wrażenia, albo czyni tylko wrażenie małe, nie można powiedzieć, iżby nią ktoś był zmuszony (OFNER I, str. 79).

[12]) Przymus może stanowić istotę czynu zbrodni gwałtu publicznego przez wymuszenie (§. 98 u. k.) lub przekroczenia nadużycia władzy rodzicielskiej (§. 508 u. k.).

[1]) Tłumaczenie urzędowe używa wyrazu „uprowadzenie". Tak samo KASPAREK-ZATORSKI i WAC.-SZUCH-CZERM. — CZEMERYŃSKI tłumaczy „uwiezienie". Użyty u LIPIŃSKIEGO wyraz „uwiedziona" zdaje się być pomyłką drukarską. Wyraz

ważności kontraktu małżeńskiego [2]). Że nie sam czyn porwania, lecz stan tymże czynem wywołany, jest przeszkodą, wynika stąd, że trwa ona tylko tak długo, dopóki stan ten istnieje, i że odpada, skoro osoba porwana wolność swą odzyska. Z drugiej strony dowód, że mimo porwania osoba nie utraciła wolności woli, nie jest dopuszczalnym; gdyby bowiem samo odjęcie swobody woli miało być decydującem, ustanowienie osobnej przeszkody obok przymusu byłoby zbytecznem [3]).

Ustawa bliżej nie określa pojęcia porwania [4]). Podług zwyczajnego znaczenia wyrazu (*Entführung*) jest to czynność,

---

„uprowadzenie“ jest stanowczo niewłaściwie użyty, ma on bowiem znaczenie ocalenia kogoś z niebezpieczeństwa (LINDE s. h. v.). — Lepszym jest wyraz „uwieziona“, chociaż i ten wyraz nie odpowiada całkowicie wyrazowi *Entführung;* uwieść coś, oznacza z miejsca jakiegoś oddalić jaką rzecz (wozem albo statkiem), uwieść się = umknąć, ujść (ob. LINDE s. h. v.). Natomiast techniczne znaczenie oddaje najlepiej wyraz „porwanie“. Ob. LINDE s. h. v., ZAWADZKI Pr. cyw. Król. Polsk. (pr. małż. katol., art. 13) i CZACKI O litewskich i polskich prawach, wyd. TUROWSKIEGO 1861, II str. 146, gdzie obok wyrazu „porwana“, użyty jest wyraz „uwieziona“. Por. DYDYŃSKI s. v. *raptus*. Z kanonistów KS. KRASIŃSKI używa wyrazu „wykradzenie“ i „porwanie“, KS PELCZAR „uprowadzenie“, RITTNER „uprowadzenie“ i „porwanie“.

[2]) Ob. PFAFF w Grünh. I str. 227 i wywód RITTNERA *Eher*. §. 17, w którym wykazał, że w dawniejszem pr. kanon. przeszkoda ta miała charakter kary za czyn porwania, co dopiero później uległo zmianie. — W obradach nad proj. HORTENA uważano pobudkę porwania za obojętną, a kładziono nacisk na brak swobody woli. Ob. HARRAS. *Cod. Ther.* IV (*Entw. Horten*) str. 35 w uw. — Por. także SCHEURL *D. gem. deutsche Eher.* str. 227.

[3]) Nie znają też tej przeszkody nowsze prawodawstwa, jak kod. Nap., kod. zurychski, ust. małż. niem. z 6 lutego 1875, niem. kod. cyw. z r. 1896 i inne; wedle tych prawodawstw może być wprawdzie porwanie przeszkodą małżeństwa, lecz tylko z powodu przymusu, a jest wówczas przeszkodą prywatno prawną, gdy w pr. austr. (i kanon.) jest przeszkodą publiczną.

[4]) Z pomiędzy autorów austr DOLLINER w *Ztschr. f. ö. Rg.* 1834 II str. 198 n., *Eher.* I str. 141 n. twierdzi, że na-

polegająca na użyciu przymusu lub podstępu w obec osoby płci żeńskiej [5]) w celu zatrzymania jej [6]) wbrew jej woli [7]) w miejscu takiem, w którem dobrowolnie pozostać nie chce.

---

leży pojęcie to określić podług definicyi zbrodni gwałtu publicznego przez porwanie niewiasty (§. 96 u. k.). Przeciw temu NIPPEL I str. 274, STUBENRAUCH 7. wyd. str. 149, szczeg. RITTNER str. 133.

[5]) O wyrazie niem. *Entführung* ob. ADELUNG s. v. *Entführer*: *wer eine Person weiblichen Geschlechtes entführt* Por. także GRIMM *Deutsches Wörterb.* III str. 523. — Przeważna ilość autorów pr. austr. (ZEILLER I str. 195, DOLLINER I str. 146, NIPPEL I str. 276, SINGER *G. Z.* Nr. 77 uw. 4) przeciwnego jest zdania, w obec tego, że ustawa cyw. mówi ogólnie o „osobie". Zważywszy jednak, że w prawie kan. nie ma wątpliwości, iż „porwaną" być może tylko osoba płci żeńskiej, przypuszczać można, że gdyby autorowie ust. cyw. chcieli byli z niem stanąć w sprzeczności, byliby wyraźne zamieścili postanowienie, tem bardziej, że i pr. rzym. (*L. un. C. de raptu virg.* 13. 9) i pat. józ. z r. 1783 §. 17, kod. józ. III §. 21, a zresztą także i pr. karne, mówiąc o porwaniu, wyraźnie ograniczają to pojęcie do osób płci żeńskiej. Tego zdania też RITTNER l. c. i KIRCHSTETTER. Materyały ust. cyw. nie dają żadnej skazówki. Dyskutowano przy I §. 65 kod. gal. o błędzie i przymusie; o ostatnim ustępie tego §-fu tyczącym się porwania, ani słowa nie ma w protokołach. Nie możebne byłoby takie milczenie, gdyby chciano taką zmianę wprowadzić. Por. także HARRAS. *Cod. Ther.* V str. 28 w uw. 7 na dole *monitum* do proj. MARTINIEGO: *dass der Zwang gegen die Frauensperson gerichtet sein muss...* Nawet ZEILLER I str. 195 pisze *die Entführte*, *der Entführer* — jakkolwiek w ust. 2 mówi: *die Entführung an einer Frauen- oder (durch Gehilfen) an einer Mannsperson.*

[6]) W jakim celu nastąpiło zatrzymanie (*matrimonii vel libidinis causa*), jest obojętnem, w obec tego, że ustawa cyw. nie odróżnia. Inaczej ustawa karna w §. 96 i pr. kanon. Ob. SCHULTE *Eher.* str. 305 n. — Bez zamiaru żenienia się lub nierządu byłoby takie zatrzymanie zbrodnią ograniczenia wolności osobistej z §. 93 u. k.

[7]) Nie ma więc przeszkody małżeństwa, jeżeli porwanie nastąpiło za zgodą osoby porwanej a osoba ta na miejscu, dokąd ją porwano, przebywa dobrowolnie (por. orz. 5909), a to chociażby usunięto ją tym sposobem od władzy rodziców lub opiekunów i przez to naruszono ich prawa, a więc chociażby

Ustawa nie odróżnia, czy osoba porwana była własnowolną, czy nie[8]), czy była stanu wolnego, czy wdową[9]), czy zamiar sprawcy był skierowany na małżeństwo jego własne, czy też jakiej innej osoby, czy na nierząd, czy na inny jakiś cel[10]), a więc czy przez porwanie popełniono zbrodnię z §. 96 u. k., czy inną, lub wcale żadnej.

Dopokąd osoba porwana nie odzyska wolności, jest niezdolną do zezwolenia na małżeństwo nietylko ze sprawcą, lecz z jakąkolwiek osobą[11]); w chwili odzyskania wolności odzyskuje dawną swobodę bez ograniczenia[12]).

---

popełniono zbrodnię z §. 96 u. k. Stąd, że przeszkoda porwania opartą jest w ustawie cyw. na braku zezwolenia, słusznie argumentuje NIPPEL I. str. 274, że w takim przypadku tego braku niema. Podobnie HARUM w rec. STUBENRAUCHA HAIM. *Mag.* XII str. 414 n. i RITTNER str. 133 n. Por. jednak uwagę RITTNERA l. c. uw. 15, że byłoby inaczej, gdyby osoba porwana za zgodą swoją, trzymaną była następnie w mocy porywacza wbrew woli swej.

[8]) Zezwolenie osoby niewłasnowolnej w stanie porwania oddane, mogłoby być nadto jeszcze nieważnem dla braku zezwolenia ojca lub opiekuna. Lecz gdyby nawet rodzice i opiekunowie pozwolili, zezwolenie pozostałoby nieważnem.

[9]) Mówić o przeszkodzie porwania, jeśli porwana jest zamężną (jak to czynią niektórzy n. p. DOLLINER str. 147, STUBENRAUCH) niema powodu w obec tego, że wówczas *impedim. ligaminis* wszelkie inne pochłania.

[10]) Ob. wyżej uw. 6.

[11]) Inaczej w pr. kan., gdzie przeszkoda ta istniała tylko *inter raptam et raptorem.*

[12]) A więc może zawrzeć małżeństwo nawet z tym, kto ją porwał i więził. W kod. gal. §. 65 I było *in ihre vorige Freiheit,* w §. 56 u. c. wyrazy *ihre vorige* opuszczono.

D) O formie zawarcia małżeństwa.

§. 429.

W ogólności.

DOLLINER I §. 49; RITTNER §. 30; ANDERS *Fam.* §. 12, *Grundr.* §. 14; KRAINZ II §. 428; MAYRHOFER *Hdb.* (5 wyd.) V str. 26 n.

Do ważności umowy małżeńskiej wymaga ustawa zachowania pewnych formalności ściśle określonych, a w szczególności:

1) ażeby akt zawarcia poprzedzała t. z. zapowiedź;

2) ażeby zezwolenie na małżeństwo oddane było w pewnej uroczystej, ustawą przewidzianej formie (§. 69 u. c.).

Pominięcie tych formalności sprowadza w ogólności nieważność aktu. Mają one na celu w pierwszej linii nadanie aktowi jawności, pożądanej ze względu na doniosłe skutki, jakie nietylko dla samych interesowanych, lecz dla szerokiego grona osób trzecich za sobą pociąga. Jawność ta winna dać zapewnienie, że nie ma przeszkód, uzasadnionych bądź w interesie publicznym, bądź też w interesie osób prywatnych. — W dalszym rzędzie zabezpiecza ona swobodę woli działających już tem samem, że potrzeba spełnienia formalności, wymagających z natury rzeczy upływu dłuższego czasu, daje sposobność zawierającym małżeństwo do zastanowienia się nad jego stosownością, ewentualnie do wycofania się. W końcu zaś dopełnienie formalności wymaganych, a głównie ich udokumentowanie, służy za dowód trwały zawarcia małżeństwa, który wielką ma doniosłość nie tylko dla małżonków samych, lecz często dla wielu następnych pokoleń [1]).

---

[1]) Z pomiędzy tych względów przeważał u autorów ustawy cyw. wzgląd na trwały dowód i na potrzebę dowiedzenia się o przeszkodach. Fakultet wied. wprost uczynił uwagę, że uroczystości zaślubin wymagane są nie tyle z powodu ważności małżeństwa dla państwa (jak to w §. 80 I kod. gal. było powiedziane), ile na dowód samego aktu (OFNER I, str. 106). O doniosłości uroczystych form w ogóle ob. znakomity wywód PFAFFA i HOFMANNA *Comm.* II, str. 132 n.; o doniosłości ich ze względu na małżeństwo ob. RITTNER str. 210 n.

Formalności, od których ważność małżeństwa zależy, są dwojakie, w miarę tego, czy — podług przepisów ustawy cywilnej — zawarcie jego ma się odbyć za udziałem władz duchownych, czyli też władz świeckich, w przypadkach przez późniejsze prawodawstwo przewidzianych. Odróżniamy więc dla pr. austr. formy kościelne i formy świeckie czyli cywilne [2]) [3]).

---

[2]) O formach zawarcia małżeństwa ob. głównie FRIEDBERG *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung* 1865 i literat. cyt. w tegoż *Lehrb. d. Kirchenr.* 1895, §. 153 (str. 408). Dla pr. austr. RITTNER §. 30. — Gdy dawniej ustawodawstwo małżeńskie było wszędzie w ręku kościoła, formy zawarcia i udokumentowania przestrzegał kościół. Gdy później Józef II wprowadził ustawodawstwo państwowe, mimo to nie wykluczył spółudziału kościoła przy zawieraniu i udokumentowaniu małżeństwa. Tak też zostało w ust. cyw. Możebnem to było w ogólności z tego powodu, ponieważ ustawodawstwo świeckie zastosowywało się w głównych względach do wymagań kościoła i przyjmowało przeważnie prawidła kościelne za swoje. Z biegiem czasu jednakże coraz bardziej występowały różnice między prawidłami kościoła a ustawodawstwem świeckiem tak, że poczęły się zdarzać przypadki, iż duchowieństwo, zwłaszcza katolickie, odmawiało swego udziału w razie, jeśli chodziło o małżeństwa, przez ustawodawstwo świeckie pozwolone a sprzeciwiające się zasadom kościoła. Kolizye te doszły do punktu kulminacyjnego w chwili, gdy pod wpływem rządów liberalnych w Austryi nastąpiła reakcya przeciw wprowadzonemu skutkiem konkordatu z r. 1855 ustawodawstwu kościelnemu i sądom duchownym. Kolizya ta nie doprowadziła jednak do stanowczego zerwania z formą kościelną, lecz tylko do wydania ustawy o cywilnym ślubie z konieczności z dnia 25 maja 1868 r. L. 47 dz u. p. art. II. w tych przypadkach, w których duchowny odmówi zapowiedzi lub odebrania uroczystego zezwolenia na małżeństwo z powodu przeszkody, przez ustawodawstwo państwowe nie uznawanej.

[3]) Słusznie RITTNER str. 215, uw. 5, zwraca uwagę na to, że obydwa te rodzaje małżeństwa są cywilne, ponieważ polegają na ustawodawstwie państwowem, że więc także małżeństwo t. zw. kościelne jest cywilnem z kościelną formą zawarcia, — przeciwnie w krajach, w których uchwały soboru trydenckiego nie były publikowane, istnieje małżeństwo kościelne o formach cywilnych.

§. 430.

O zapowiedzi.

DOLLINER I §. 49—56 i w *Ztschr. f. oest. Rg.* 1832 str. 209 i 1833 str. 81; GAPP tamże 1832 I str. 219; HELFERT tamże 1833 str. 1 n.; RITTNER §. 31; ANDERS §. 13, *Grundr.* §. 15; KRAINZ II §. 426.

Zapowiedzią[1]) małżeństwa jest odpowiadające ustawom ogłoszenie zamierzonego małżeństwa z wymienieniem imienia i nazwiska, miejsca urodzenia, stanu i miejsca zamieszkania obydwojga zaręczonych[2]) i z wezwaniem, iżby każdy, komu wiadomą jest przeszkoda, doniósł o niej duszpasterzowi, powołanemu do zaślubin albo — bezpośrednio, albo za pośrednictwem duchownego, który zapowiedź ogłosił (§. 70 u. c.). Rozumie się, że potrzebnych dat do zapowiedzi dostarczyć winny osoby interesewane w formie zupełnie wiarogodnej.

Powołanym do ogłoszenia zapowiedzi jest przy t. zw. małżeństwie kościelnem duszpasterz okręgu parafialnego, w którym zaręczeni mają miejsce zamieszkania, a gdyby

---

[1]) *Aufgebot, — denuntiatio, proclamatio matrimonialis.* W polskim języku nie widzę powodu używać liczby mnogiej, jak to czynią tłumacze. Ob. LINDE s. v. „zapowiadać“.

[2]) Miejsce zamieszkania — rozumie się stałego, jestto miejsce, w którem ktoś osiadł w zamiarze stałego tamże pobytu, a przynajmniej w którem mieszkał co najmniej sześć tygodni (arg. z §. 72 u. c.). Por. DOLLINER str. 302; LAURIN *Wesen und Bed. des Domizils* w *Arch. f. kath. Kirchenr.* XXVI str. 165 n., spec. według pr. austr. str. 232. Przez stan — rozumieć należy nie tylko, czy kto jest bezżenny czy owdowiały, lecz stan familijny, społeczny, zatrudnienie. Dekretem kanc. nadw. z 16 stycznia 1807, zb. u. pol. T. 28 Nr. 6 str. 10, polecono nadto duszpasterzom, ażeby nie przedsiębrali zaślubin, nie przekonawszy się poprzednio o tem, iż narzeczeni mają dokładną wiadomość nauki religii swego wyznania. Przepis ten nie wszedł do kodeksu cywilnego — lecz ponowiony został dekretem nadw. kom. nauk. z 18 czerwca 1813. T. 40 zb. u. pol. str. 286. Uwaga w wyd. MANZ-SCHEY, iż przepisy te miałyby być zniesione ust. 3 art. 14 ust. zasadn. z 21 grud. 1867 L. 142 dz. u p., nie wydaje mi się trafną. Niema tu bowiem przymusu do jakiejś „czynności kościelnej“ lub „uroczystości“, o których mówi ten art.

każde z nich miało inne miejsce zamieszkania, zapowiedź ogłosić winni duszpasterze obydwóch okręgów parafialnych (§. 71 u. c.)[3]). Gdyby zaręczeni lub jedno z nich nie mieszkało jeszcze sześciu tygodni w okręgu, w którym małżeństwo ma być zawarte, zapowiedź ogłoszoną być winna także i w miejscu lub w miejscach ich ostatniego pobytu, gdzie dłużej aniżeli sześć tygodni mieszkali. Potrzeba takiego ogłoszenia zapowiedzi w innych miejscach odpada, jeśli zaręczeni w miejscu, gdzie się znajdują, przez sześć tygodni zamieszkają (§. 72 u. c.)[4]). Zapowiedź, gdziekolwiek nastąpić ma, winna być ogłoszoną z reguły trzy razy, każdym razem w niedzielę lub święto[5]) wyznania, do którego zaręczeni należą — w obec zgromadzonych dla zwyczajnego

---

[3]) Albo też duchowny przez nich upoważniony — Przepisy kompetencyjne dla osób wojskowych zawarte są w t. zw. przepisach organ. dla duszpasterzy wojsk., wydanych na mocy najw. rozp. z d. 3 stycznia 1869 dz. rozp. wojsk. z 15 stycznia 1869 L. 3 i rozp. cyrk. Min wojny z 26 maja 1869 L. 151 tudzież z 5 lipca 1887.

[4]) O kwestyi spornej, jaka się wywiązała z §. 72 u. c, czy zapowiedź ogłoszoną być może dopiero po sześciotygodniowym pobycie (DOLLINER str. 320, GAPP w *Ztschr. f. oest. Rg.* 1832 X str. 219, WINIWARTER §. 96) czyli też bez względu na ten pobyt z tem jednak ograniczeniem, że dopiero po sześciotygodniowym pobycie zawarcie małżeństwa nastąpić może (HELFERT w *Zt. f. oest. Rg.* 1833 I str. 1 n., PACHMANN *Kirchenr.* II str. 315, STUBENRAUCH do §. 72 u. c., ANDERS str. 38, KRAINZ (PFAFF) II §. 426 uw. 5*b*) ob. RITTNER l. c. uw. 5, który zwraca uwagę na to, że podług pierwszej interpretacyi przepis ten byłby zupełnie zbytecznym. Zdanie to potwierdzają materyały. Ustęp odnośny §. 72 u. c. dodany był na wniosek Radcy stanu przy superrewizyi a odnosić się miał podług zamiaru wnioskodawcy tylko do przypadku, gdyby narzeczeni — jak to się zdarza — tak w ostatniem jak i przedostatniem miejscu przez 6 tygodni nie mieszkali (OFNER II str. 504, §. 67). Pierwotny termin wynosił w kod. gal. trzy miesiące, co uznano za termin zbyt długi. Tak też już §. 36 kod. józ. (OFNER I str. 107).

[5]) Niekoniecznie bezpośrednio po sobie następujące, gdyż tego ustawa nie przepisuje. Przeciwnie przy małżeństwie żydowskiem (§. 126 u. c).

nabożeństwa wiernych okręgu parafialnego (§. 71 u. c.) [6]). Zapowiedź małżeństwa między członkami rozmaitych wyznań chrześcijańskich ma być ogłoszoną w zwykły sposób w obec osób zgromadzonych dla nabożeństwa parafii wyznania każdego z zaręczonych (art. I ust. z 31 grudnia 1868 r. L. 4 dz. u. p. z r. 1869) [7]). Do ważności zapowiedzi a temsamem ważności małżeństwa wystarcza jednorazowe ogłoszenie imion i nazwisk zaręczonych i zamierzonego małżeństwa w okręgu parafialnym każdego z zaręczonych [8]), a błąd, jakiby zaszedł pod względem formy lub ilości ogłoszeń, nie czyni małżeństwa nieważnem. Jednakże tak duszpasterze, jakoteż zaręczeni lub ich zastępcy obowiązani są pod odpowiednią karą (§. 507 ust. karnej lub, gdyby warunki jego nie zachodziły, rozp. min. z 30 września 1857 L. 198 dz. u. p.) starać się o to, ażeby wszystkie przepisane w ustawie ogłoszenia nastąpiły w należytej formie (§. 74 u. c.).

Gdyby małżeństwo w sześć miesięcy (180 dni — §. 902 u. c.) po zapowiedziach — t. j. po ostatniej zapowiedzi — nie zostało zawarte, powtórzone być winno trzykrotne ogłoszenie (§. 73 u. c.), inaczej bowiem małżeństwo, po upływie tego czasu zawarte, byłoby nieważnem, tak, jak gdyby ogłoszenie wcale nie było nastąpiło [9]).

---

[6]) A więc z reguły w kościele parafialnym (nie zaś n. p. w urzędzie parafialnym, w szkole, w urzędzie gminnym i t. p.) podczas regularnego nabożeństwa. Rozumie się, że zapowiedź winna nastąpić ustnie, w języku zrozumiałym dla zgromadzonych.

[7]) Przepis §. 71 u. c., że małżeństwo chrześcijan niekatolickich powinno być zapowiadane nadto i w katolickim kościele, zniesiony został rozp. Min. z 30 stycz 1849 L. 107 dz. u. p. Tom uzup. i art. I i III ust. z 31 grudnia 1868 L. 4 dz. u. p. z r. 1869.

[8]) Wymienienie imienia i nazwiska narzeczonych i okoliczności, iż zamierzają zawrzeć małżeństwo, jest więc *minimum* tego, co zapowiedź w treści swej zawierać ma, jeśli małżeństwo nie ma być nieważnem.

[9]) Przeciwnie DOLLINER str. 332, którego argumentacya, lubo bardzo rozwlekła, nie wydaje mi się trafną, w obec tego, że ustawa konieczność zapowiedzi do 6 miesięcy ogranicza. W §. 81 I kod. gal. dodany był nadto ustęp: *umsomehr, als*

Jednym z głównych celów zapowiedzi jest, jak to z powyższych przepisów wynika, nadanie zamiarowi małżeństwa jak największego rozgłosu, ażeby każdy miał sposobność podania znanych mu przeszkód, a nadto ażeby osoby, którym służy prawo sprzeciwienia się, miały możność wykonania tego prawa — jednem słowem, ażeby zapobiedz małżeństwom nieważnym lub potajemnie zawieranym. Niewątpliwie więc tkwi pewna sprzeczność w tem. że ten środek, mający zapobiedz nieważności, sam nieważność sprowadzić może [10]).

Obowiązku prawnego doniesienia o przeszkodach ustawa na osoby trzecie nie nakłada [11]).

§. 431.
Uroczyste oświadczenie (zaślubiny).

DOLLINER I §. 57—61, II § 67—69; MICHEL *Die Civilehe in Oesterr.* w HAIM. *Mag.* II str. 226 n.; HELM *Die Civilehe in Oesterr.* tamże VI, str. 77 n.; PROCKNER w *Jur.* III, str. 373 n.; RITTNER §. 31; ANDERS *Familienr.* §. 12, *Grundr.* §. 14; KRAINZ §. 428.

I. Akt zawarcia małżeństwa polega na uroczystem oświadczeniu dwojga osób różnej płci, iż pozwalają wzajemnie

---

in der Zwischenzeit neue Hindernisse leicht haben entstehen können. Usłęp ten pierwotnie przyjęty (OFNER I str. 107) opuszczono w proj. rewiz. (§. 68) i superrew. (§. 83).

[10]) Kwestya, czy zaniechanie zapowiedzi ma powodować nieważność małżeństwa, czyli — jak w pr. kanonicznem — tylko karę za zaniedbanie, była przedmiotem długich obrad w kom. prawod. Przy obradach o proj. pr. małżeńskiego dla Salzburga i przy superrewizyi prezydent v. HAAN bronił gorąco zdania, że nie należy poczytywać braku zapowiedzi jako przyczynę nieważności (OFNER II str. 340 w uw. 8, II str. 501), z czem się referent godził i wnioski odpowiednio sformował. Przegłosowano ich jednak z powodu, że jeśli zapowiedź ma być skutecznym środkiem wykrycia przeszkód, należy jej nadać skuteczny rygor. Uczyniono jednak wówczas koncesyę, dodając, że brak w ilości lub formie zapowiedzi nie ma pociągać za sobą nieważności małżeństwa.

[11]) Stylizacya wniosku ZEILLERA była tego rodzaju, że nakładała taki obowiązek. Jednak tego paragrafu nie przyjęto (OFNER II str. 502).

na małżeństwo między sobą. Do ważności tego oświadczenia wymaga ustawa, ażeby było oddane przed duszpasterzem właściwym jednego z narzeczonych lub tegoż zastępcą i w obecności dwóch świadków (§. 75 u. c.) w sposób wyraźny i zrozumiały (d. k. n. z 13 sierp. 1837. Zb. PICHL str. 393)[1]). Akt ten nazywa ustawa zaślubinami (*Trauung* §. 78, 79 u. c.). Takie same postanowienia obowiązują obecnie dla zawarcia małżeństwa między katolikiem a wyznawcą innej religii chrześcijańskiej (art. II i III ust. z 31 grudnia 1868 r. L. 4 dz. u. p. z r. 1869)[2]). Stronom jednak służy prawo wyjednania sobie pobłogosławienia małżeństwa zawartego przed duszpasterzem jednego z narzeczonych, przez duszpasterza drugiego narzeczonego (cyt. art. II ust. z 31 grud. 1868 l. 4 dz. u. p).

Przyzwolenie stron jest skutecznem tylko wówczas, jeśli nastąpi przed właściwym duszpasterzem. Spółdziałanie duszpasterza przy tym akcie polega na przyjęciu tego oświadczenia czyli przedsięwzięciu zaślubin („*Vornahme der Trauung*“ §. 78), jest więc czynnością, którą tenże spełnia jako osoba urzędowa, przez ustawę do tego powołana, nie zaś — jakby to może zdawać się mogło — czynnością religijną[3]), lub też spółdziałaniem w charakterze świadka[4]), czy to dowodowego czyli też solennego. Jako czynność urzędowa wymaga zaś działania świadomego i dobrowolnego[5]). Nie może

---

[1]) Wynika to z samej natury rzeczy, że oświadczenie musi być zrozumiałe duszpasterzowi, który je wpisać winien do księgi zaślubin. Cyt. dekret wydany został do galic. Gubernium z powodu, że się tamże zdarzało, iż małżeństwa bywały unieważniane dlatego, ponieważ duszpasterz nie dosłyszał dokładnie oświadczenia woli stron.

[2]) Przepis cyt ust wstąpił w miejsce §. 77 u. c, który w przypadkach małżeństwa mięszanego, gdy jedno z narzeczonych było katolikiem — przepisywał oddanie oświadczenia przed katolickim duszpasterzem i dwoma świadkami; obecność niekatolickiego duszpasterza przy akcie zaślubin była jedynie dozwoloną, nie obowiązkową.

[3]) Tak — choć jak zwykle niejasno — NIPPEL I, str. 332 n.

[4]) Tak DOLLINER I, str. 363 n.; UNGER II, str. 132, uw. 13; KIRCHSTETTER (5. wyd. str. 88, uw. 5).

[5]) RITTNER str. 233; MICHEL str. 236 i 240.

więc wystarczyć sama tylko przypadkowa obecność jego, a tem mniej obecność jego wymuszona [6]).

---

[6]) Wynika to już „z wyrazów ustawy w związku używanych“: w aut. (niemieckim) tekście bowiem powiedziano najpierw: *vor dem ord. Seelsorger* — w przeciwstawieniu do dalszych wyrazów: *in Gegenwart zweier Zeugen* (§ 75 u. c.), — dalej z użytych w §. 78 u. c. wyrazów: *es ist dem Seelsorger... verboten die Trauung vorzunehmen*, co wskazuje na czynne urzędowe działanie duszpasterza, a wreszcie z §. 79 u. c., który w przypadku, gdyby duszpasterz odmówił udziału swego, nie pozwala zadawalniać się wygłoszonem w jego obecności oświadczeniem, lecz dopuszcza zażalenia do władzy politycznej Znaną była też dawniej bierna obecność (*passive Assistenz*) proboszcza, lecz tylko wyjątkowo w przypadkach, jeśli w mięszanych małżeństwach wzbraniano się dać t. zw. rewers, że dzieci w katolickiej religii wychowywane będą. Por. n. p. d. kanc. nadw. z 3 września 1841 zb u. pol. T. 69, str. 264. (WINIWARTER *Hdb.* I, str. 178). Słuszność zdania w tekście wypowiedzianego wynika nadto z materyałów. Przy superrewizyi Radca stanu (PFLEGER) żądał usunięcia wyrazu *Trauung* (*Einsegnung*), *weil selbst nach dem Conc. Trid. nicht die Trauung sondern nur die Einwilligung zur Giltigkeit d. Ehe erfordert wird.* Członkowie komisyi wprawdzie byli zrazu skłonni do podzielenia tego zapatrywania (OFNER II, str. 503 i 504); na następnem jednak posiedzeniu (tamże str. 505 §. 71) nie przyjęto wniosku opuszczenia wyrazu *Trauung*, uznawając, *dass der Seelsorger die Trauung vornehme... nach seiner Aktivität, nach welcher er als Organ der bürgerlichen Feierlichkeit nicht als Administrator, Minister des Sakraments .. die feierliche Erklärung abnimmt, hier also an der Stelle der in anderen Staaten geforderten obrigkeitlichen oder öffentlichen Personen steht.* Zdanie to znajduje obecnie potwierdzenie w art. II ust. z 25 maja 1868 L. 47. dz. u. p., który w przypadku gdyby właściwy duszpasterz, nie mając do tego prawnie uznanego powodu, wzbraniał się przyjąć uroczyste oświadczenie (*die Entgegennahme dieser Erklärung verweigert*), pozwala narzeczonym zwrócić się do władzy politycznej i przed nią oddać to oświadczenie. Por. trafne motywa orz. 5654. — Tak nowsi autorowie WINIWARTER I, §. 99, RITTNER str. 233, ANDERS str. 42, SINGER str. 314, KRAINZ (PFAFF) II, §. 428 — przeciwnie autorowie w uwadze 3 wymienieni. Działanie drugiego duszpasterza w przypadku art. II. ust. z 25 grudnia 1868 L. 4. dz. u. p. z r. 1869 jest natomiast niewątpliwie czynnością tylko religijną.

Właściwym duszpasterzem jest duchowny, który podług organizacyi kościoła, przez państwo uznanego, dla wyznawców tego kościoła w pewnym okręgu terytoryalnym zamieszkałych, władzę kościelną wykonywa i z upoważnienia rządowego księgi stanu cywilnego prowadzi [7]). Narzeczonym służy wybór, czy mają przyzwolenie oświadczyć przed duszpasterzem narzeczonego czy narzeczonej [8]).

II. Ustawa dopuszcza zastępstwa duszpasterza właściwego (§. 75 u. c.). Zastępstwo takie polegać może na urządzeniu parafii, jeśli mianowicie ze stanowiska urzędowego zastępcy (wikaryusza, kooperatora) wynika prawo zastępowania duszpasterza w jego funkcyach [9]). Jeśli jednakże zaślubiny

---

[7]) Por. orz. 5225, 5556, 5654. Wojskowe przepisy cyt. wyżej §. 430 w uw. 3. Kwestyę, czy biskup w okręgu terytoryalnym swej dyecezyi poczytany być może za właściwego duszpasterza, rozstrzyga RITTNER str. 227 i cyt. tamże w uw. 21 autorowie twierdząco, opierając się na urządzeniu kościoła katolickiego, wedle którego biskup jest dzierżycielem wszelkiej władzy kościelnej, a proboszczowie są tylko jego pomocnikami. Nie chodzi tu jednakże jedynie o władzę kościelną, lecz o uprawnienie do spełniania funkcyi państwowej, a do niej jedynie pleban (proboszcz, pastor i t. p.), który zarazem księgi metrykalne prowadzi, jest powołany. Por. §. 75, 77 (zniesiony), 80, 81, 82 u. c., gdzie wszędzie mowa o proboszczu, przełożonym probostwa, parafii. Tak już DOLLINER I str. 349 n. Materyały nie pozostawiają pod tym względem wątpliwości, por. OFNER I str. 107 n., §. 83, str. 110, §. 86, 114 n., II. str. 339, uw. 5. Że zaślubiny w obec papieża, kardynała, nuncyusza (bez udziału właściwego proboszcza) dokonane, podług prawa austr. byłyby nieważne, uznaje także RITTNER.

[8]) Na wniosek fak. wied. i moraw. Tryb. apel. zgodzono się, iżby zaślubin dokonywał duszpasterz jednego z narzeczonych. Wątpliwość, czy ma to być duszpasterz narzeczonego, czy narzeczonej, ostatecznie pozostawiono *dem Uebereinkommen der Geistlichkeit nach der bisherigen Beobachtung* (OFNER I, str. 107 n. §. 83). W kod. gal. (i józ.) był obok wyrazów *Pfarrer*, *Pastor*, jeszcze dodany wyraz *Poppe*; LYRO zwrócił uwagę, że ten wyraz w Galicyi jest „niegrzecznym“ i wnosił, aby użyto wyrazu *Pleban*. Uznano jednak, że ten wyraz dla innych prowincyi będzie niezrozumiałym (OFNER l. c.).

[9]) Że w takim przypadku niepotrzeba osobnego umocowania, uznawano już podczas obrad (OFNER I, str. 108). Por.

odbyć się mają w trzeciem miejscu, do którego żadno z narzeczonych nie należy, wymaga ustawa, ażeby właściwy duszpasterz upoważnił drugiego duszpasterza[10]) pisemnym dokumentem (t. z. *litterae dimissoriales*, § 81 u. c.)[11]).

Dla świadków aktu nie przepisuje ustawa żadnych kwalifikacyi, — z natury rzeczy wynika jednakże, że powinni być zdolni do spostrzeżenia i potwierdzenia aktu, zatem także do wiarogodnych zeznań[12]).

HELFERT *Ueber Stellvertr. u. Delegat.* w *Ztsch. f. oest. Reg.* 1830 II. str. 269 n. Zastępstwo bowiem takie jest wewnętrzną sprawą parafii; zastępca funkcyonuje jako właściwy paroch, tak samo jak zastępca naczelnika urzędu jako naczelnik w zakresie tegoż urzędowania.

[10]) Verba §. 81 ... *einen anderen* (*scil... Seelsorger*) *zu seinem Stellvertreter ernennt.* To samo wynika z §. 82. Niesłusznie więc DOLLINER I. str. 355 n. dozwala oddania zastępstwa innemu duchownemu, który nie jest duszpasterzem.

[11]) Sporną jest natura tego zastępstwa. Gdy bowiem jedni uważają delegacyę taką jako prywatno prawne pełnomocnictwo i każą zastosowywać przepisy u. c. o pełnomocnictwie, tak DOLLINER I, str. 355, HELFERT l. c. str. 273 n. inni, jak RITTNER str. 230 n. wskazują na publiczny charakter funkcyi duszpasterza. Kwestya też, czy delegowany duszpasterz może innego subdelegować, nie może być rozstrzyganą podług przepisów ust. cyw. (§ 1010 u. c.), lecz ze względu, iż delegacya może pochodzić tylko od właściwego duszpasterza, dalszą delegacyę należy uważać za niedopuszczalną. Nie idzie za tem, aby delegowanego duszpasterza nie mógł zastąpić jego wikary, kooperator, administrator parafii, gdyż delegacya podług widocznego zamiaru nie jest przywiązaną do osoby, lecz do urzędu. Uznaje to HELFERT l. c, nie odróżniają tego DOLLINER i NIPPEL, którzy identyfikują ogólnego zastępcę, o którym mówi w pierwszym rzędzie §. 75 u. c., z delegowanym, o którym mowa w §. 81, 82 u. c. Z reguły delegacya winna nastąpić pisemnym dokumentem, to przyznawają wszyscy, dodają jednak, że zaniechanie tej formy nie pociąga nieważności małżeństwa. Lecz tu znowu u dawniejszych autorów objawia się identyfikowanie urzędowego zastępcy proboszcza parafii z delegatem. Ob. n. p. NIPPEL str 331, który, mówiąc o milczącem ustanowieniu zastępcy, ma oczywiście na oku zastępcę w parafii, a mimo to mówi o dokumencie pisemnym.

[12]) Nie ma nawet przepisu, iżby to byli n. p. mężczyźni. Cyt. u PRATOBEVERY *Mat.* VII, str. 371. najw. decyzya

III. Ustawa dopuszcza zastępstwa małżonka przy zaślubinach tylko w bardzo szczupłym zakresie. W szczególności zastępstwo w powzięciu woli jest ze względu na ściśle osobisty charakter stosunku małżeńskiego wprost wykluczone. Natomiast zastępstwo w oświadczeniu woli jest dopuszczalnem o tyle, że ustanowiony zastępca uprawnionym jest, objawioną już w pełnomocnictwie wolę mocdawcy objawić ponownie w formie uroczystej, do ważności małżeństwa wymaganej; jednakże pełnomocnictwo w takim razie musi być pisemne[13]) i opiewać winno pod nieważnością małżeństwa na zawarcie jego z pewną indywidualnie wskazaną osobą, a nadto musi być na to wyjednanem pozwolenie władzy krajowej (Namiestnictwa, Rządu krajowego)[14]). Pełnomocnik taki nie jest więc zastępcą w technicznem znaczeniu słowa (ob. I §. 83), lecz t. z. posłańcem (*Bote, nuntius*), Gdyby pełnomocnictwo jeszcze przed zawarciem małżeństwa zostało odwołane, małżeństwo na jego podstawie zawarte

---

z 6 listopada 1822 stwierdza to wyraźnie, chociaż przyznaje, że zwyczaj przywoływania męskich świadków bardziej odpowiada ważności aktu. Że jednak świadkowie powinni być zdolni do spostrzeżeń, wynika z samej istoty rzeczy. Por. cyt. u DOLLINERA str. 361, rozp. czesk. gubern. z 1 maja 1794.

[13]) Pełnomocnictwo (*Vollmacht*) w rozumieniu §. 1005 u. c., t. j. dokument, wydany pełnomocnikowi przez mocdawcę. Tak też KRAINZ-PFAFF §. 428.

[14]) RITTNER str. 237 zgodnie z cyt. tamże w uw. 41 autorami utrzymuje, że pominięcie pozwolenia władzy kraj. nie pociąga za sobą nieważności. Zdaje mi się, że szyk zdania pierwszego §. 76 u. c.: *doch muss hier die Bewilligung... erwirkt und... die Person bestimmt werden*, wskazuje, że wyrazy *die ohne eine solche Vollmacht geschlossene Ehe ist ungiltig* odnoszą się do jednego i drugiego wymogu. Przeciw temu por. WILDNER *Ztsch. f. oest. Rg.* 1838, str. 163 n. Przepisu odpowiadającego §. 76 u. c. w kod. gal. nie było. Ustęp o pełnomocnictwie do małżeństwa pierwotnie, t. j. przy rewizyi, dodany został na wniosek ZEILLERA do §. 136 II proj. rew. (§ 1008 u. c.; OFNER II. str. 409 n.). Przy superrewizyi uznał ZEILLER, że przepis ten powinien znaleść miejsce w rozdziale o małżeństwie, skutkiem czego tamże dodano ustylizowany zgodnie z §. 76 u. c. przepis (OFNER II. str. 564. §. 999, por. także str. 504 z §. 69).

byłoby nieważnem bez względu na to, czy pełnomocnik lub druga strona o odwołaniu miała czy też nie miała wiadomości [15]), a tylko mocdawca odpowiadałby za szkodę z odwołania wynikłą (§. 76 u. c.) [16]).

IV. Ustawa nakłada na strony obowiązek dostarczenia duszpasterzowi dowodów dopełnienia wymogów ustawy, a z drugiej strony zabrania temuż „pod ciężką karą" [17]) przedsięwzięcia zaślubin w przypadku, gdyby strony takich dowodów nie przedłożyły. W szczególności — jeśli zapowiedź nie była głoszoną przez duszpasterza, mającego przedsięwziąć zaślubiny, strony powinny przedłożyć świadectwo pisemne dokonanego ogłoszenia zapowiedzi; osoby niewłasnowolne (§. 49, 50, 51, 52 u. c.) i wojskowi (§. 54 u. c.), winny nadto przedłożyć wymagane przez ustawę pozwolenie, a gdyby pod względem pełnoletności zachodziła wątpliwość, lub też wyłoniła się inna jaka przeszkoda małżeństwa, strony powinny dostarczyć potrzebnych świadectw i usunąć wszelkie trudności (§. 78 u. c., dekr. nadw. z 22 lutego 1817 L. 1319 zb. u. s., z 22 grud. 1826 L. 2242 zb. u. s., rozp. Min. wyzn. i ośw. z 16 lipca 1877 L. 7438 [18]) i z 22 paźdz. 1879 L. 9482) [19]). Gdyby narzeczeni sądzili, że odmową zaślubin są pokrzywdzeni, wolno im wnieść zażalenie do władzy krajowej (§. 79 u. c.).

V. Dla utrwalenia dowodu zawarcia umowy małżeńskiej obowiązani są przełożeni parafii wpisać ją własnoręcznie do księgi zaślubin, prowadzonej — jak w ogóle księgi stanu

---

[15]) Ponieważ nie zachodzą tu względy na bezpieczeństwo obrotu §. 1062 u. c. RITTNER l. c. Por. także HIRSCHMANN *Ueb. die Gültigkeit einer v. d Machthaber nach Eröffnung d. Concurses üb. das Verm des Machtgebers... eingeg. Ehe* w *Ztsch. f. oest. Rg.* 1836 I. str. 22 n.

[16]) A to w obec braku specyalnych przepisów, podług ogólnych zasad o wyn. szkody.

[17]) SONNENFELS pragnął już w obradach nad projektem MARTINIEGO zaostrzyć użyte tamże wyrazy: *bei schwerer Verantwortung*, i zagrozić duszpasterzowi utratą urzędu, co jednak wydawało się innym zbyt surowem (OFNER I, str. 109).

[18]) *Ztsch. f. Verw.* z r. 1879, str. 88.

[19]) *Ztsch. f. Verw.* z r. 1879, str. 38.

cywilnego — z wyjątkami, o których poniżej mowa będzie, z mocy upoważnienia rządowego przez duszpasterzy wyznań, w państwie uznanych. W szczególności wpisane być muszą do księgi zaślubin imię i nazwisko, wiek, mieszkanie i stan (społeczny lub zatrudnienia) małżonków z uwagą, czy poprzednio już byli małżonkami czy nie; dalej nazwisko, tudzież stan ich rodziców i świadków, dzień zawarcia małżeństwa, wreszcie nazwisko duszpasterza, przed którym uroczyste zezwolenie oddano, a nadto wskazane być winny dokumenty, wykazujące usunięcie przeszkód, jakieby się były okazały (§. 80 u. c. i dekr. nadw. z 19 lipca 1784 KROP. VI str. 567). W przypadku delegacyi innego, aniżeli właściwego duszpasterza, zapisać winien duszpasterz delegujący zaraz przy wystawieniu dokumentu, w którym wymienia zastępcę swego, okoliczność tę do księgi zaślubin swojej parafii, wymieniając miejscowość, gdzie, i duszpasterza, przed którym małżeństwo ma być zawarte (§. 81 u. c.). Duszpasterz miejscowości, gdzie małżeństwo zawarte zostaje, wpisać musi to zawarcie w księgę zaślubin swej parafii, wymieniając zarazem duszpasterza, który go zastępcą zamianował, a nadto w ciągu dni ośmiu zawiadomić tegoż o zawarciu małżeństwa (§. 82 u. c.)[20]. Zaniechanie wpisu nie pociąga jednakże nieważności małżeństwa, ponieważ wpis następuje dopiero po zawarciu tegoż, a zatem nie może wpłynąć na ważność już dokonanego aktu[21].

---

[20]) Uregulowanie postępowania przy „dokumentowaniu“ małżeństwa sprawiło naszym prawodawcom nie mało trudności. Obradowano o tem dwa razy, a uchwalono sposób udokumentowania, podany w §. 81 i 82 u. c., dopiero po zasięgnięciu przez referenta informacyi, jaką była praktyka dotychczasowa. Przepisy o prowadzeniu metryk stanu ob. HERMANN *Matrikenvorschr.* 1891; MAHL-SCHEDL w MISCHLERA i ULBRICHA *Staatswörterbuch* II, str. 702 n.; SEIDL *Matrikenführung* 1897.

[21]) Por. orz. 12094.

§. 432.

Forma świecka.

MICHEL i HELM jak w poprz. §.; HARUM w *Ger Z.* 1869, N 18 n.; RITTNER §. 32; tegoż Śluby cywilne w rozwoju historycznym (Bibl. umiej. pr. r. 1879); ANDERS *Familienr.* §. 14, *Grundr* §. 16; MAHL-SCHEDL w MISCHLERA i ULBRICHA *Staatswörterb.* II, str. 378.

Świecka forma zapowiedzi i zaślubin podług teraźniejszego prawodawstwa uzasadnioną jest w dwóch przypadkach:

1) jeśli duszpasterz wyznania w państwie uznanego, powołany podług przepisów ustawy cywilnej do wygłoszenia zapowiedzi lub przyjęcia uroczystego zezwolenia na małżeństwo, wezwany o to przez narzeczonych, odmówi tych czynności z przyczyny, której państwo za uzasadnioną nie uznaje;

2) jeśli chodzi o małżeństwo osób, które do żadnego prawnie uznanego wyznania nie należą [1]).

Tak w pierwszym jak i drugim przypadku funkcye, które ustawa cywilna nakłada na duszpasterza, przechodzą na władzę polityczną pierwszej instancyi (a więc starostwo, lub —

---

[1]) Forma świecka zawarcia małżeństwa jest więc wyjątkiem, forma kościelna regułą. Nie tu jest miejsce badania, czy i o ile forma świecka jest w ogóle uzasadnioną; rozwiązanie tego pytania zależy bowiem od stanowiska, jakie się zajmie. Wychodząc z założenia, że prawodawstwo małżeńskie należy wyłącznie do kościoła, trzebaby odmówić wszelkiego uprawnienia świeckiej formie zawarcia małżeństwa, o ileby nie była sankcyonowaną ustawami kościoła. Tymczasem nowoczesne prawo świeckie wszędzie objęło ustawodawstwo małżeńskie nawet i tam, gdzie przepisy kościelne decydują, gdyż i tam przepisy kościelne mają siłę obowiązującą tylko z mocy uznania ich przez państwo. Tak też było i w Austryi, nawet i wówczas, gdy odnośnie do małżeństwa katolickiego w czasie mocy obowiązującej konkordatu z r. 1856 nastąpiła recepcya przepisów katol. prawa kościelnego przez państwo. Słusznie też RITTNER str. 215 uw. 7 uważa, że opozycya ze stanowiska kościelnego nie jest skierowaną przeciw ślubom cywilnym jako takim, lecz przeciw prawu państwa do normowania instytucyi małżeństwa w ogóle.

w miastach o własnych statutach — magistrat). Gdy jednak w pierwszym przypadku urzędowanie władz świeckich następuje tylko pod warunkiem, że właściwy duszpasterz podług ust. cyw. swego udziału odmówi z powodu przez państwo nieuznawanego, — zatem z konieczności (ślub cywilny z konieczności — *Nothcivilehe* — ust. z 25 maja 1868. L. 47 dz. u. p. i rozp. wyk. z 1 lipca 1868. L. 80 dz. u. p.), — w drugim przypadku jest ono obligatoryjnem [2]) — (ust. z 9 kwietnia 1870. L. 51 dz. u. p.).

Do 1). Przy małżeństwie z konieczności właściwą jest władza świecka, w której okręgu wzbraniający się duszpasterz ma urzędową siedzibę (§. 1 cyt. ust. z 1868). Uprawnioną jest ona do urzędowej działalności tylko w tym razie, jeśli wzbranianie się właściwego duszpasterza wykazane jej zostanie pisemnem tegoż świadectwem lub zeznaniami dwóch, w okręgu zamieszkałych mężczyzn, a gdyby takiego dowodu nie dostarczono, władza świecka wezwać ma duszpasterza o ogłoszenie zapowiedzi, a względnie przyjęcie zezwolenia na małżeństwo lub oznajmienie przeszkód. Jeśli duszpasterz nadeszle odpowiedź odmowną bez podania motywów, lub z powodów w ustawach zasadniczych nieuznawanych, albo jeśli w ciągu ośmiu dni żadna odpowiedź nie nadejdzie, władza świecka powinna po przedłożeniu jej dowodów, wymaganych w ust. cyw. i rozporządzeniach dodatkowych, przystąpić natychmiast do zapowiedzi i aktu zawarcia małżeństwa (§. 2 cyt. ust.).

Zapowiedź następuje przez przybicie publicznego ogłoszenia tak na tablicy ogłoszeń urzędowych władzy, jakoteż urzędu

---

[2]) O różnicy między t. z. cywilnym ślubem z konieczności a obligatoryjnym ślubem cywilnym, ob. trafne uwagi RITTNERA str. 217. Gdy cywilna forma małżeństwa jako reguła jest instytucyą, która rozwiązuje raz na zawsze konflikt między kościołem a państwem, stanowiąc wyraźną granicę między prawem kościelnem a świeckiem, forma cyw. małżeństwa z konieczności nie zapobiega takimże konfliktom, lecz usuwa je tam gdzie już powstały, wchodząc w zastosowanie tylko tam, gdzie kościół małżeństwo jako niedopuszczalne uznaje, przez co sprzeczność między kościołem a państwem w całej pełni występuje. Podobnie rzecz się ma w krajach, gdzie istnieje t. z. fakultatywne małżeństwo cywilne.

gminnego w miejscach zamieszkania obydwojga narzeczonych. Ogłoszenie to z reguły ma pozostać przybitem przez trzy tygodnie (§. 5).

Delegacya innej świeckiej władzy do zaślubin może nastąpić podług przepisów istniejących dla urzędów parafialnych (§. 6 cyt. ust. i §. 81, 82 u. c.).

Uroczyste oświadczenie zezwolenia na małżeństwo nastąpić powinno przed naczelnikiem właściwej władzy świeckiej lub zastępcą jego, w obecności dwóch świadków i zaprzysiężonego protokolanta (§. 7). O czynności urzędowej spisany być ma protokół, który podpisują narzeczeni, świadkowie i osoby urzędowe (§. 8). Władza świecka prowadzi u siebie księgę zapowiedzi i rejestr zaślubin, wydaje urzędowe z nich świadectwa, które mają moc dowodową dokumentu publicznego, i udziela takie świadectwa właściwym duszpasterzom obydwojga narzeczonych (§. 9).

Bliższe szczegóły postępowania w przypadkach małżeństw cywilnych z konieczności unormowane są cyt. wyżej rozp. wykon. z 1. lipca 1868. L. 80 dz. u. p. §. 3—23, analogicznie do przepisów ust. cyw. (por. szczeg. §. 12, 18, 23 cyt. rozp.)[3]).

---

[3]) Kwestya, czy ważnem jest małżeństwo obywatela austr. zawarte przed władzą cywilną w państwie, w którem zaprowadzone są obligatoryjne śluby cywilne, rozstrzyganą była rozmaicie. UNGER (*Syst.* I str. 210) uznawał je za nieważne, ponieważ zaślubiny kościelne nie należą do wymogów jedynie formalnych, lecz tworzą wymóg wewnętrzny samego aktu. Po ogłoszeniu ustaw z r. 1868 poczęto uważać takie małżeństwa za ważne I tak SINGER w *Ger. Ztg* 1877 Nr. 84 sądzi, że gdy od czasu ustaw z r. 1868 ustawodawstwo austr. uznaje ważność małżeństw cywilnych, które bez spółudziału duchownego przychodzą do skutku, odpadły wszelkie powody żądania sankcyi religijnej dla małżeństw, zawartych w państwach, które takiej sankcyi nie wymagają. Podług mego zdania wydanie ustaw z r. 1868 nie mogło mieć wpływu na tę kwestyę. Jeśli forma religijna nie jest formalnością. lecz wewnętrznym wymogiem aktu małżeństwa, to nie przestała być nią w przypadkach, ustawami z r. 1868 nie objętych, a zatem tam, gdzie nie zachodzą warunki *der Nothcivilehe*. Jeżeli zaś poczytamy ją za formalność, co do której panuje zasada *locus regit actum*, to była nią tak samo dawniej jak i teraz. Por. orz. z 6 listopada 1894 L 10710 w GELLERA *Centr. Bl.* XIII str. 125,

Do 2). Ze względu, że prawnie nieuznane wyznania nie mają też prawnie uznanej służby duchownej, której możnaby poruczyć funkcye, jakie duszpasterze spełniają z ramienia władzy publicznej, funkcye te w zastosowaniu do osób, nie należących do żadnego prawnie uznanego kościoła lub stowarzyszenia religijnego, niewłaściwie zwanych „bezwyznaniowemi“ (*Confessionslose*), poruczone są władzom świeckim, tym samym, które w myśl ustawy z 25 maja 1868. L. 47 dz. u. p. powołane są do tychże funkcyi w przypadkach małżeństw cywilnych z konieczności (§. 1 ust. z 9 kwietnia 1870. L. 51 dz. u. p.).

---

które opierając się na §. 4 i 37 u. c. wypowiada zasadę, że małżeństwo (cywilne) zawarte we Francyi między austr. obywatelem a francuską obywatelką, jest ważne, bo nie chodzi tu o zdolność osobistą obywatela austryac. (§. 47—54 u. c.), lecz tylko o brak wymaganych w §. 69 u. c. istotnych formalności. Orz. z 20 listop. 1894 L. 12254 wypowiedziały jednak sądy zasadę, że §§. 4 i 37 mają jedynie fakultatywne znaczenie o tyle, że obywatelom austr. wolno jest nawet za granicą trzymać się ust. austryackiej. Z tego powodu utrzymały w mocy małżeństwo obywateli zawarte w Rumunii, gdzie obowiązują obligatoryjne śluby cywilne, jakkolwiek takiego ślubu cywilnego nie było, ponieważ przestrzegano austryackiej ustawy, biorąc ślub kościelny. Por. w tej kwestyi także rozp. min. spraw wewn. z 12 marca 1878 L. 514, wydane z powodu kwestyonowania ślubów cyw. w Szwajcaryi przez obywateli austr. zawartych, a utrzymujące i tu zasadę: *locus regit actum*. Por. uchw. konferencyi w Hadze 1893 r. Fr. KASPAREK Z dziedziny prawa międzynar. str. 35, art. 4 i str. 50 n.

ROZDZIAŁ III.

O nieważności i zakazach małżeństwa.

§. 433.

O nieważności [1]) umowy małżeńskiej [2]) w ogólności.

DOLLINER III §. 3—6 82—172, 184, tegoż *Ub. d. Recht zur Bestreitung ungiltig geschl. Ehen im Allg.* w *Zt f. ö. Rg.* 1825 I str. 380 n., tegoż *Über d. R. des Vaters.. die Giltigkeit d. Ehe zu bestreiten*, tamże 1825 II str. 167, tegoż *Über d Verlust d. Rechtes die Giltigkeit d. Ehe zu bestreiten*, tamże str. 221 n., *Über Ehestreitigkeiten*, tamże 1827 I str. 1 n. (w ogóle przestarzałe); HARUM w HAIM. *Mag* XII str. 409, *Oest. Viertelj* IV str. 85; RITTNER §. 33—37; ANDERS §. 15, *Grundr.* §. 17; KRAINZ-PFAFF II §. 430. Z literatury czeskiej: HENNER Ruzneni překazek manželských na veřejne a soukrome (1899); o tej pracy TILSCH w Przegl. pr. i adm. 1899 str. 637 n.,

[1]) O pojęciu i rodzajach nieważności ob. wyżej I §. 97 n. i cyt tamże lit. Pojęcie to w nowszych czasach, z okazyi układania kod. niem, ponownie było przedmiotem rozbioru naukowego. Kod. niem. odróżnia *Nichtigkeit* i *Anfechtbarkeit einer Ehe*, §. 1323 n. — Pojęcie *Nichtigkeit* schodzi się z tem, co nazwaliśmy nieważnością bezwarunkową (bezwzględną), — *Anfechtbarkeit* (ZBOROWSKI, Niem. kod. cyw. 1899, tłumaczy ten wyraz przez „n a r u s z a l n o ś ć“) z tem, co nazwaliśmy nieważnością warunkową (względną). Obydwa te pojęcia łączyły się w ogólnem pojęciu *Ungiltigkeit*, które to ogólne pojęcie w późniejszych odczytach uchylono, idąc — jak się zdaje — za radą ZITELMANNA (*Die Rechtsgeschäfte im Entw.* 1890 II str. 69 n.). Por. także ECK *Allg. Theil* (*Sammlg. v Vortr.*) 1896 str. 39 n.

[2]) Pospolicie mówią o nieważności małżeństwa. Tak też i ust. cyw., a także i najnowsze dzieło prawod. t. j. kod. niem.

LAURIN w Pràvn. 1899 str. 833 n. i repl. HENNERA K' nauce o rozdělovàni přek. manž. w Pràvniku 1899 str. 877 n.; TILSCH O řizeni ve vĕcech manzelskych w Pràvn. 1900 str. 261.

I. Umowa małżeńska, której brak jednego chociażby warunku ważności, przez ustawę wymaganego, czyli — jak się pospolicie wyrażają — co do której istnieje przeszkoda małżeństwa, jest w ogólności nieważną.

Skutek istnienia przeszkody może być jednakże rozmaity. Niektóre bowiem przeszkody są tego rodzaju, iż już samo istnienie ich odbiera umowie małżeńskiej ważności, tak, że właściwie umowy nie ma, jak gdyby zawartą nie była, a tem samem zamierzonych przez strony skutków odnosić nie może. Mówimy wówczas o nieważności bezwarunkowej (bezwzględnej). Nieważność taką powodują przeszkody, zaprowadzone w ustawie w interesie publicznym, częścią ze względu na religijny i obyczajowy charakter instytucyi małżeńskiej, częścią ze względu na interes dobra powszechnego; są to przeszkody p r a w a p u b l i c z n e g o. W przypadku istnienia takich przeszkód kwestya ważności lub nieważności umowy małżeńskiej, jako dotykająca interesu publicznego, usuniętą jest w zupełności od woli, chociażby zgodnej, interesowanych, a stąd wynika konieczność podnoszenia przyczyny nieważności przez władzę publiczną z urzędu.

Inne natomiast przeszkody nie powodują same przez się nieważności małżeństwa, lecz stają się przyczyną nieważności tylko wówczas, jeżeli podniesione zostaną w pośród warunków w ustawie wskazanych przez osobę do tego uprawnioną. Są to przeszkody zaprowadzone w interesie małżonków; podniesienie ich nie dotyka interesu publicznego, więc małżeństwo pozostaje ważnem, dopóki uprawniony nie skorzysta ze swego prawa żądania orzeczenia jego nieważności. Mówimy wówczas

---

Poprawniejszem jest jednak wyrażenie: „nieważność umowy małżeńskiej", bo pojęcie ważności odnosić się tylko może do aktu prawnego, jakim jest umowa małżeńska, nie zaś do stosunku małżeńskiego. Dla krótkości jednak można używać także drugiego sposobu wyrażenia się, tem bardziej, że obawy nieporozumienia niema. Por. *Mot.* do kod. niem. I odcz. IV. str. 47.

o nieważności warunkowej (względnej), przeszkody zaś, powodujące taką nieważność, nazywamy prywatno-prawnemi[3]).

---

[3]) Różnica między przeszkodami pr. publicznego a prywatnego dawniejszemu prawodawstwu austr. o tyle była obcą, że nie powodowała rozmaitego postępowania w sprawach o unieważnienie małżeństwa. Gdy bowiem ani pat. józ. o małż., ani kod. józ. nie przepisywały dla pewnych przeszkód szczególnego trybu postępowania, trzymano się zasady §. 1 józ. ust. sąd., iż sędzia jedynie na skargę a nigdy z urzędu działać nie powinien. Pierwszy ślad różnicy w postępowaniu pokazał się w dekr. nadw. z 15 grudnia 1788 L. 936 zb. u. s., który nakazuje władzom politycznym, ażeby, skoro natrafią na ślad przeszkody małżeńskiej, dochodziły owych okoliczności, które mogą wykazać nieważność umowy małżeńskiej i, przekonawszy się, że ta nieważność polega na nieusuwalnych powodach, o sprawdzonych i zebranych faktach donosiły sądowi właściwemu dla małżonków, których małżeństwo z urzędu za nieważne ma być uznane. W kod. gal. (§§. 92—94) niema jednakże przepisu, któryby nakazywał wprowadzanie postępowania dla pewnych przeszkód z urzędu; z tych §-fów wynika tylko, że skoro postępowanie takie na wniosek jednego z małżonków wprowadzono, powody nieważności mają być z urzędu badane (zasada oficyalności). Por. DOLLINER III str. 209 n. Gdy §§. 93—95 kod. gal. pierwszy raz były przedmiotem obrad (15 marca 1802), poruszano tylko kwestye kompetencyi sądu, obrońcy małżeństwa i niektóre szczegóły postępowania, a referent zastrzegł sobie wnioski na później (OFNER I str. 115 n. §. 93—95). Kwestya jasnego odróżnienia przypadków dochodzenia z urzędu i na wniosek uprawnionego powstała dopiero 22 marca 1802 (OFNER str. 120 n. §. 101). Projekt kom. rewiz. był takim, aby z reguły postępowanie wprowadzano z urzędu, a tylko w razie błędu, przymusu i impotencyi, oczekiwano wniosku strony. Długa widocznie stąd wywiązała się dyskusya. Referent podzielił przeszkody na pięć rodzajów: 1) takie, których podniesienie tylko małżonkom służyć może a to: błąd, przymus, porwanie, impotencya; — małoletność i służba wojskowa zaś wówczas, gdy przeszkody te przez uzyskanie pełnoletności lub wystąpienie z wojska już odpadły; 2) na takie, przy których innym osobom lub „korporacyom“ zależy, aby małżeństwo było rozwiązane, a więc w ciągu małoletności ojcu, opiekunowi, władzy opiekuńczej, w ciągu służby wojsk. komendzie, przy wyższych święceniach — duchowieństwu; 3) i 4) na takie, przy których kontynuacya zbrodni lub przekroczenia ciężkiego nie dozwala spólnego pożycia: dwu-

W przypadkach przeszkód prawa publicznego istnienie małżeństwa jest tylko pozornem, w razie przeszkód prywatnoprawnych ważność jego jest w zawieszeniu, jak długo uprawniony ze swego prawa nie skorzysta, — jeśli zaś skorzysta,

---

żeństwo, kazirodztwo; 5) na takie, których — skoro stałoby się wiadome — władza ścierpieć nie może z powodu niemoralności lub zgorszenia n. p. przy małżeństwie chrześcijanki z żydem, lub z osobą niedojrzałą lub bez zapowiedzi. Tylko w pierwszym przypadku uważa referent za możebny proces między stronami i właściwy wyrok; w innych możebne zawsze tylko postępowanie z urzędu ze strony sądu cywilnego (2), karnego (3), władzy politycznej (4 i 5) Po długiej dyskusyi polecono referentowi opracowanie wniosku z uwzględnieniem uwag wiceprezydenta, które dążyły szczególnie do tego, aby wyraźnie wymienione były przypadki, w których dochodzenie bez skargi i takie które tylko na skargę nastąpić może, przyczem od dochodzenia z urzędu wyjęty być miał przypadek zawarcia małżeństwa bez przyzwolenia ojca i bez zapowiedzi, gdyby ojciec żył i, nie wnosząc skargi, tem samem milcząco się zgodził. Na posiedzeniu z 29 marca 1802 referent przedłożył stylizacyę nową, na którą się zgodzono. Według tej stylizacyi (uzupełnionej przy drugim odczycie) dochodzenie z urzędu miało być regułą, a wyczekiwać należało skargi jednego z małżonków, *a*) jeśli przeszkoda już ustała, *b*) jeśli prócz braku zapowiedzi inna przeszkoda nie zachodziła, *c*) jeśli małżeństwo zawarte bez przyzwolenia ojca, przez niego nie zostało kwestyonowane i *d*) przy przeszkodach błędu, przymusu i impotencyi (OFNER I str. 133 §. 101 i II str. 344 §. 78). Przy superrewizyi (OFNER II str. 506 §. 86—88) prezydent proponował stylizacyę, wedle której regułą być miało: 1) że nieważność małżeństwa orzeczoną być mogła tylko po przeprowadzeniu sądowego postępowania; 2) że postępowanie to miało nastąpić z reguły, tylko na skargę jednego z małżonków; 3) że do skargi uprawniony był ojciec lub opiekun, bez którego przyzwolenia zawarte zostało małżeństwo; 4) że z urzędu (bez skargi) miało nastąpić w razie uzasadnionych doniesień i publicznego zgorszenia ZEILLER z tem się zgodził proponując jedynie do punktu 2) zamiast „na skargę małżonka“ *des durch das Hinderniss in seinem Rechte gekränkten Ehegatten* i dozwalając skargi także sądowi opiekuńczemu. Zgodzono się też na zasadę, że nie wolno skarzyć z powodu przeszkody, która już nie istnieje. Tyle objaśnień dają obrady. Tu jednak urywa się możność dalszego badania prze-

staje się małżeństwo nieważnem już od chwili zawarcia, tak jak gdyby nigdy ważnem nie było[4]).

II. O nieważności umowy małżeńskiej mowa być może — jak to z natury rzeczy wynika — tylko wówczas, jeśli akt między dwoma osobami różnej płci, celem zawarcia małżeństwa zdziałany, ma zewnętrzne przynajmniej znamiona umowy małżeńskiej, zawartej we formie uroczystej, ustawą przepisanej[5]). Musiały więc nastąpić wzajemne oświadczenia woli przed duszpasterzem (lub władzą świecką), bo gdyby i tego nie było[6]), niema i pozoru ważnego małżeństwa. Jeśli zaś takie oświadczenie było wzajemnie oddanem, domniemanie przemawia za jego ważnością, z czego wynika, że przyczyny nieważności jego muszą być całkowicie wykazane, przyczem ani zgodne nawet przyznanie małżonków nie ma siły dowodowej, ani też nie może być w jakiejkolwiek formie dopuszczoną przysięga ich (§. 99 u. c. i art. VI ust. wprow. proc. cyw. z r. 1895, §. 371 proc. cyw. i rozp. min. z 9 grudnia 1897. L. 283 dz. u. p.). Czy oświadczenie to, ze względu na zdolność osób lub inne zachodzące okoliczności, może odnieść skutek, czy n. p. poprzedziła je zapowiedź, czy duchowny był właściwym i t. d., to są już kwestye, które tylko w toku prawidłowego postępowania sądowego rozstrzygnięte być mogą wyrokiem sądowym. Nie mogą więc małżonkowie znosić samowładnie związku małżeńskiego, chociażby co do tego w zupełnej byli zgodzie (§. 93 u. c.), lecz w tym celu musi być przeprowadzony proces przed sądem właściwym (§. 97 u. c.), t. j. sądem kolegialnym pierwszej instancyi okręgu, w którym

---

biegu obrad, ponieważ stylizacyę ostateczną otrzymały §§. w mowie będące po za urzędowemi posiedzeniami.

[4]) Przyczyny nieważności istnieją bowiem już od czasu zawarcia, a tylko nie mogły być uwzględnione bez żądania uprawnionego. Skoro tenże zażąda, muszą być uwzględnione tak, jak istniały t. j. od chwili zawarcia umowy. HARUM w rec. STUBENRAUCHA *Mag.* XII str. 408 n.

[5]) Por. RITTNER str. 250 i uw. 4 tudzież str. 252 i uw. 1.

[6]) N. p. gdyby przy oddaniu wzajemnego oświadczenia nie było żadnego duchownego (lub tylko ktoś za duchownego przebrany), albo gdyby oddano je pisemnie i t. p.

małżonkowie mają zwyczajne miejsce zamieszkania (§. 50 l. 2 i 76 norm. jur. z r. 1895), a to bez względu na to, czy orzeczenia nieważności domaga się władza publiczna z urzędu, czyli też osoba do tego uprawniona. Na podstawie doniesienia władzy publicznej lub skargi uprawnionego, sąd zarządza dochodzenie, w którem dążyć winien do zupełnego wyjaśnienia prawdy materyalnej tak, aby albo nieważność jasno została udowodnioną, albo też wykazało się, że dowód taki nie jest możebnym (§. 10 cyt. rozp. z r. 1897, §. 14 dekr. z r. 1819). Gdy ustawa dąży do tego, ażeby małżeństwa bez dokładnego stwierdzenia przyczyn nieważności nie były uznawane za nieważne, ustanawiać każe w takich przypadkach obrońcę węzła małżeńskiego [7]), którego obowiązkiem jest zbadanie wszelkich okoliczności i użycie wszelkich prawem dopuszczalnych środków dla utrzymania małżeństwa w mocy prawnej (§. 15 cyt. rozp. z r. 1897, §. 17 cyt. dekr. z r. 1819), a w szczególności także zakładanie środków prawnych od orzeczeń sądowych, uznających nieważność (§. 16 rozp., §. 18 dekr.). Gdyby przyczyna nieważności czy to drogą porozumienia się stron (w przypadkach przeszkód prywatno-prawnych), czy też drogą dyspensy (ob. poniżej §. 437) mogła być usuniętą, sąd winien się o to starać, a dopiero, jeśli to okaże się niemożebnem, wydać wyrok (§. 98 u. c.) [8]). Dopokąd nie zapadnie prawomocny

---

[7]) Dawniej mógł sąd ustanowić urząd fiskalny obrońcą małżeństwa (§. 97, 114 u. c.). Rozp. z 2 paźdz. 1851 L. 251 dz. u. p. zniesiono ten przepis, gdy w miejsce dawnych urzędów fiskalnych zaprowadzono prokuratorye skarbowe.

[8]) Szczegółowy tryb postępowania reguluje d. n. z 23 sierpnia 1819 L. 1595 zb. u. s., zastosowany obecnie do nowych ustaw procesowych i co do istotnej treści republikowany rozporządzeniem minist. sprawiedl. z 9 grudnia 1897 L 283 dz u. p. Postępowanie w spr. małżeńskich należy do nauki procesu cyw. Projekt rząd. do proc. cyw. obejmował także i proces małżeński (§§. 599—614), wprowadzając i tu wyłącznie zasadę skargową tak, że skargę z powodu przeszkód prawa publicznego miały wnosić prokuratorye rządowe Komisya Izby posłów uznała to za zbyteczne, a gdy prócz tej zmiany proj. rząd innych ważniejszych zmian nie wprowadzał, wyłączyła komisya to postępowanie z ogólnej ustawy o procesie cywilnym. Ob. GARFEIN O stosunku nowej proce-

wyrok, iż małżeństwo jest nieważnem, poczytane być musi za ważne, bez względu na to, czy podniesiono przyczynę nieważności prawa publicznego, czyli też prywatno-prawną; z czego wynika, że nieważność, nie orzeczona wyrokiem, nie może być podniesiona drogą excepcyi w innym procesie (*incidenter*).

III. Jeśli małżeństwo uznane zostanie za nieważne, okoliczność ta winna być uwidocznioną w księdze zaślubin, w miejscu, gdzie było wpisane zawarcie jego. W tym celu sąd, który orzekł o nieważności, zawiadomić winien o zapadłem (prawomocnem) orzeczeniu władzę, która powołaną jest do czuwania nad prawdziwością księgi zaślubin (§. 122 u. c.).

IV. Gdyby się okazało w ciągu procesu o nieważność małżeństwa, rozpoczętego czy to z urzędu, czy na żądanie osoby uprawnionej, że przeszkoda wiadoma była poprzednio jednej lub obydwom stronom i że rozmyślnie ją zataiły, zatajenie takie może być czynnością karogodną podług ustaw karnych (obecnie podług §. 507 u. kar., §. 781 ust. karnej wojsk. przekroczeniem). Strona bezwinna może poszukiwać szkody na winnym podług ogólnych zasad o wynagrodzeniu szkody. Co się tyczy dzieci w takiem małżeństwie spłodzonych, będzie o tem mowa w rozdziale o stosunku dzieci i rodziców (§. 102 u. c.).

§. 434.

O nieważności z przyczyn publicznych.

Obacz literaturę przy §-fie poprzednim.

Przeszkodami prawa publicznego są (§. 94 u. c.): porwanie niewiasty (§. 56 u. c.), istniejące małżeństwo (§. 62 u. c.),

---

dury do dekr. nadw z 23 sierpnia 1819 w Przegl. pr. i adm. z r. 1897. Cz. rozp. str. 311 n , 376 n. (która to rozprawa pisaną była przed wyjściem rozp. z 9 grudnia 1897). O wpływie nowych ustaw procesowych na postępowanie o nieważność małżeństwa ob. TILSCH *Ueb. d. Einfl. d. Civilprocessges. auf d. allg. bgl. Gb.* 1900 str. 8 n. i NEUMANN *Comm. zu d. Civilprocessges.*, str. 1064 n.

wyższe święcenia i uroczyste śluby zakonne (§. 63 u. c.), różność religii (§. 64 u. c.), zabroniony stopień pokrewieństwa (§. 65 u. c.) i powinowactwa (§. 66 u. c.), cudzołostwo (§. 67 u. c.), nastawanie na życie małżonka (§. 68 u. c.), brak uroczystego zezwolenia (§. 75 u. c.), udział w przyczynie rozwodu (§. 119 u. c.), przeszkoda t. z. katolicyzmu (d. n. z 26 sierp. 1814. L. 1099 zb. u. s.).

W przypadku tych przeszkód każda władza publiczna. skoro się o nich dowie, ma prawo i obowiązek donieść o tem sądowi. Doniesienie to zastępuje skargę (d. kanc. nadw. z 25 listop. 1839. L. 392 zb. u. s.). Gdyby małżeństwo, o którego ważność chodzi, już przez śmierć jednego lub obojga małżonków było rozwiązane, dochodzenie tylko wówczas wprowadzone być może, jeśli orzeczenia o nieważności zażąda kto dla przeprowadzenia roszczeń prywatno-prawnych [1]), albo gdy zażąda sąd karny, lub w interesie rządu inna władza publiczna (d. n. z 27 czerwca 1837. L. 208 zb. u. s.). Gdy dalej podług §. 94 u. c. w razie przeszkód prawa publicznego dochodzenie z urzędu winno nastąpić tylko wówczas, gdy przeszkoda jeszcze istnieje (*im Wege steht*), dochodzenie nieważności powinno odpaść, jeśli w czasie, gdy miało być rozpoczęte, przeszkoda już została usuniętą [2]), chyba gdyby ono okazało się konie-

---

[1]) Że nie było pierwotnie zamiarem autorów ustawy, nadawać prawo opugnowania małżeństwa także dziedzicom, zdaje się wypływać z materyałów (OFNER I str. 123). Wniosku w tym kierunku postawionego referent nie uwzględnił z powodu, że takie prawo wywołałoby zawikłane dochodzenia.

[2]) Tak RITTNER str. 254 i uw. 8 Przeciw temu ANDERS *Fam.* str. 50 i PACHMANN II str. 366, który twierdzi, że wyrazy *im Wege steht* nie odnoszą się do istnienia przeszkody w czasie dochodzenia, lecz do skutków tej przeszkody. Przekonywającym zaś jest najzupełniej argument RITTNERA, że ubliżałoby to powadze publicznej władzy, gdyby starała się rozwiązać małżeństwo, które osoby interesowane każdej chwili znowu zawiązać mogą. Materyały ustawy potwierdzają w zupełności zdanie RITTNERA. §. 44 pat. o małż. dla Salcburga powiada wyraźnie, że jeśli przeszkoda już zgasła, a żadna inna nie zachodzi dochodzenie nieważności może tylko nastąpić na żądanie stron. Otóż przy superrewizyi zgodzono się na stylizacyę: *Ueber kein Ehehinderniss kann mehr geklagt wer-*

cznem znowu w celu przeprowadzenia roszczeń prywatnych lub na żądanie sądu karnego lub innej władzy publicznej [3]).

Rozumie się, że inicyatywę w dochodzeniu nieważności, z urzędu dochodzić się mającej, nie tylko wziąć może władza publiczna, lecz każda osoba prywatna, choćby wcale nie interesowana, donosząc o przeszkodzie władzy, bez potrzeby wykazywania prawa do opugnowania małżeństwa [4]) [5]).

---

den, wenn dasselbe zur Zeit, als die Klage erhoben werden will. nicht mehr besteht. Postanowiono jednak §. 86—88 ustylizować całkiem na nowo; nastąpiło to po za sesyą komisyi prawod. i wówczas wszedł do §. 94 u. c. ów zwrot „*im Wege steht*", który w obec, jak wyżej, uchwalonej zasady nie może mieć innego znaczenia, aniżeli w tekście opisane. Por. do tego uwagę prezydenta HAANA (OFNER str. 507 uw. 1), który brał udział w stylizacyi nowej §. 94 i zauważył: *Quid autem, si bigami prima uxor interim mortua est, si militaris sagum deposuit, judaeus sese convertit etc.?* Widać stąd, że kwestya ta była przedmiotem dyskusyi i że autorowie rozwiązali ją zwrotem *im Wege steht*. Por. także KRAINZ II §. 430 uw. 1*a*.

[3]) RITTNER str. 255 n. Wskazuje to analogia z dekr. nadw. z 27 czerw. 1837 L. 208 zb. u. s.

[4]) Sądem właściwym do orzekania o nieważności małżeństwa jest obecnie zawsze tylko sąd cywilny, mianowicie Trybunał I instancyi, w którego okręgu małżonkowie mieli ostatnią spólną siedzibę (§. 50 i 76 nor. jur. z 1 sierpnia 1895 L. 111 dz. u. p. także i dla wojskowych (§. 68 i 73 norm. jur. i art. II ust. wprow. normę jur. w związku z §. 9 ust. z 20 maja 1869 L. 78 dz. u. p.), skutkiem czego sądy karne pozostawić muszą cywilnym orzekanie o ważności małżeństwa (§. 5 proc. karn. z 13 maja 1873 L. 120 dz. u. p.).

[5]) RITTNER str. 257 słusznie występuje przeciw zdaniu, jakoby do spowodowania dochodzeń przeszkody pr. publicznego upoważniony był z pomiędzy małżonków tylko ten, kto nie jest winnym. Skoro sąd o przeszkodzie takiej dowie się w jakikolwiek sposób, musi wprowadzić dochodzenie z urzędu, które nie jest zależnem od tego, czy donoszący był do tego legitymowanym czy nie. Przepis odnośny §. 96 u. c. tyczy się oczywiście tylko przeszkód prywatno prawnych. Przeciwnie orz. 6964.

§. 435.
O nieważności z przyczyn prywatnych.

DOLLINER ob §. poprzedni; PACHMANN *Auch einige Bem. üb. d. Sinn des §. 96 b GB.* w *Zt. f. oest. Rg.* 1840 II str. 197 n.; GAPP *Ueb. d. Bestreiten d. Giltigkeit d. Ehe.* tamże 1831 II str. 36.

I. Przeszkodami prawa prywatnego są wszelkie w §. 94. u. c. jako publiczne nieuznane przeszkody, a więc: brak zdolności prawnej dla choroby umysłowej lub niedojrzałości wieku (§. 48 u. c.) [1]), brak zezwolenia wymaganego do ważności małżeństwa osób niewłasnowolnych (§. 49—53 u. c.), przymus (§. 55 u. c.), błąd (§. 57 u. c.), także co do stanu ciężarnego małżonki (§. 58 u. c.), niemoc (§. 60 u. c.), skazanie na ciężkie więzienie przez sądy wojskowe (§. 61 u. c.), brak zapowiedzi (§. 70—74 u. c.).

W razie takich przeszkód wyczekiwać należy skargi osób, które tem, że małżeństwo mimo istniejących przeszkód zawarte zostało, w prawach swoich są pokrzywdzone (§. 94 u. c. ust. 2).

Takiemi są:

1) osoby, których przyzwolenia na małżeństwo, jakkolwiek ustawą wymaganego, nie zasięgano, zatem ojciec ślubny, opiekun i kurator przy małżeństwie osób małoletnich lub innych niewłasnowolnych, jak niemniej sąd opiekuńczy (§. 49, 52, 96 u. c. i dekret nadw. z 22 września 1821. L. 1802 zb. u. s.). Prawo to do wniesienia skargi służy im jednak tylko tak długo, dopokąd trwa władza ojcowska albo też opieka (§. 96 u. c. ust. ost.). Nadto sąd opiekuńczy nie jest uprawniony do skargi, jeśli małżeństwo pupila wprawdzie bez przyzwolenia jego zawarto, lecz później pozwolenie to udzielił (d. nadw. z 17 czerwca 1825. L. 2112 zb. u. s.) [2]).

---

[1]) Słusznie uważa RITTNER str. 250 w uw. 3 za niewłaściwe, iż ustawa pozostawia opugnowanie małżeństwa z powodu choroby umysłowej i wieku niedojrzałego, tylko osobom prywatnym. Inaczej też było w pr. kanon., gdzie w tym razie przepisane było postępowanie z urzędu. Por. także Instr. dla sąd. duch. §. 10 n. — Trafnie określa art. 146 kod. Nap.: *Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement.*

[2]) Często dekr. ten cytują na dowód, że obecnie już sąd opiekuńczy nie może opugnować małżeństwa. Tak n. p. orz.

Jako pokrzywdzony zawarciem małżeństwa z przeszkodą poczytany być musi

2) każdy małżonek [3]) wszelako tylko pod warunkiem, że

11501. Błędne to mniemanie zdaje się pochodzić stąd, że w zbiorze MANZA (II ad §. 96 u. c.) dekr. ten jest w mylnem brzmieniu przytoczony.

[3]) Że „pokrzywdzonym w swoich prawach" („*in seinen Rechten gekränkt*") jest ojciec, opiekun, kurator i sąd opiekuńczy, na to się zgadzają wszyscy. Sporną jest jednak dotąd kwestya, o ile wyrazy te odnoszą się także do małżonków. PACHMANN *Kirchenr.* II str. 370 n. (por. także *Auch einige Bemerk. über d Sinn §. 96 b. GB.* w *Zt. f. oest. Rg.* 1840 II str. 197), ANDERS str. 51 uw. 11 i KRAINZ-PFAFF II §. 430 uw 2*b* twierdzą, że się wcale do nich nie odnoszą i że dla nich jedynym warunkiem prawa opugnowania jest podług §. 95 i 96 u. c. ich bezwinność. Inni jak DOLLINER *Zt. f. oest. Rg.* 1825 str. 1 n. i *Eher.* III §. 91, NIPPEL *Erl.* II str. 17 starają się tłumaczyć te wyrazy w ten sposób, że każdy bezwinny małżonek jest w swoich prawach pokrzywdzony już przez to samo, że zamiast ważnego, zawarł małżeństwo nieważne. Podobnie WINIWARTER I §. 116. RITTNER str. 261 sądzi, że pokrzywdzonym jest tylko ten, na czyją rzecz lub w czyim interesie przyczyna nieważności została w ustawie uznaną, nie zaś ten, kto w ogóle przez to niekorzyść ponosi, że małżeństwo doszło do skutku. Stosownie do tej zasady RITTNER bada przy każdej przeszkodzie w czyim interesie ustanowioną została, co prowadzi do tego, że n. p. przy braku zapowiedzi wprost odmawia małżonkom prawa opugnowania (str. 267), przyznaje je natomiast trzecim osobom. Nie mogę się zgodzić z żadnem z tych zapatrywań, a podług mego zdania musi być ten wyraz „*gekränkt sein*" brany w znaczeniu s u b j e k t y w n e m. § 94 normuje tylko formalną kwestyę t. j. kiedy dochodzenie nieważności ma nastąpić z urzędu, a kiedy na skargę, nie przesądza więc rezultatowi tego dochodzenia. W szczególności co do dochodzeń na skargę reguluje jedynie formalną do skargi legitymacyę. Pokrzywdzenie nie jest więc warunkiem s k u t e c z n e g o popierania nieważności, lecz nadaje formalne prawo wyniesienia skargi, chociażby ona po przeprowadzeniu dochodzenia okazała się merytorycznie nieuzasadnioną, albo chociażby uznano w wyroku, że jakkolwiek przeszkoda (pryw. pr.) istnieje, skarżący z powodu, że nie jest bezwinnym (§. 96 u. c.), nie ma prawa żądać unieważnienia. Co innego jest żądać dochodzenia nieważności, czyli spowodować w tym celu działalność sądową, a co innego uzyskać unieważnienie. Stąd wynika, że do wywołania czyn-

jest bezwinnym (§. 96 u. c. ust. 1) [4], t. j. że, wstępując w związek małżeński, działał w uzasadnionem okolicznościami

ności sądowej wystarczy, iżby ten, kto się tego domaga, wykazał, że ma prawny interes w tem, iżby małżeństwo zawarte z przeszkodą nie istniało. Za takie osoby, które mogą być „pokrzywdzone“, ustawa poczytuje małżonków i osoby, których wymaganego przyzwolenia nie zasięgano. Tylko te osoby — nie inne — mogą być uważane za pokrzywdzone. Z jakich motywów kto korzysta z prawa opugnowania, jest zdaniem mojem obojętne i niezależne od tego czy przeszkoda, którą podnosi, w jego interesie została ustanowioną czy nie. Przypuśćmy np., że małżeństwo bez zapowiedzi zostało zawarte. Małżonek bezwinny ma wówczas prawo skargą żądać dochodzenia sądowego, a jeśli się okaże, że przeszkoda ta istnieje, unieważnienia małżeństwa bez względu na to, czy tą właśnie przeszkodą jest pokrzywdzony lub nie. Mógł on żądać tego z powodu, że czuje się nieszczęśliwym w małżeństwie, albo że w ogóle nie chce w niem pozostać lub z innego motywum, a już to samo żądanie wskazuje, że jest pokrzywdzony, bo gdyby nim nie był, nie korzystałby z tego prawa. Zapatrywanie to popiera historya powstania tychże § fów. § 44 pat. małż. dla Salcburga wylicza przypadki, w których niema miejsca dochodzenie z urzędu i mówi, że wówczas „*muss das Begehren des einen oder des anderen Ehegatten abgewartet werden*“, a więc tylko małżonkom dał to prawo. W obradach, które nastąpiły po wydaniu tego patentu (z 13 kwietnia 1808) a zatem przy superrewizyi, prezydent wnosił w podobnych słowach: *Dieses Verfahren ist insgemein nur auf ordentliche Klage eines der beiden Ehegatten einzuleiten* — dodał jednak (o czem pierwej nie było mowy), że ojciec i opiekun mają prawo wnieść skargę, jeśli bez ich zezwolenia małżeństwo zawarto. Z tem się zgodził ZEILLER, lecz stylizował: „*des durch das Hinderniss gekränkten Gatten*“. (OFNER II str. 506). Ostateczna stylizacya nie wspomina już osobno o prawach małżonka, ojca, opiekuna etc., nie mówi też o tem, iżby małżonek miał być właśnie tą przeszkodą pokrzywdzony, lecz ograniczono się do wyrażenia, że: „*muss das Ansuchen derjenigen, welche durch die mit einem Hinderniss geschlossene Ehe in ihren Rechten gekränkt worden sind, abgewartet werden*“, czem objęto i małżonków i ojca, opiekuna i t. d., a nadto orzeczono, że przyczyną pokrzywdzenia nie jest p r z e s z k o d a, jak we wniosku ZEILLERA, lecz małżeństwo, z tą przeszkodą zawarte. Tak też zdaje się pojmować rzecz ZEILLER I str. 260.

[4]) I to wyrażenie „bezwinny“ (*schuldlos*) — jak prawie wszystko w tych § fach — jest spornem. W czem ma polegać

przekonaniu, iż zawiera małżeństwo, któremu żadna przyczyna nieważności nie jest na przeszkodzie. Nie ma więc prawa żądać unieważnienia małżeństwa małżonek, który sam przeszkodę z umysłu lub ze świadomością spowodował, — który chociażby sam jej nie spowodował, o istnieniu jej wiedział, a fałszywie twierdził, że nie zachodzi lub że jest usuniętą, w końcu który, wiedząc o przeszkodzie, zataił ją i mimo tej świadomości do zawarcia małżeństwa przystąpił. W szczególności małżonek, który wiedział o zachodzącym błędzie co do osoby, lub o bojaźni, którą wywarto, dalej małżonek, który zataił okoliczności, iż po myśli §. 49, 50, 51 i 52 (i 54) u. c. sam, t. j. bez przyzwolenia trzeciej osoby, ważnego małżeństwa zawrzeć nie może, lub też fałszywie twierdził, iż takie pozwolenie ma, nie może z powodu swego bezprawnego zachowania się nastawać na ważność małżeństwa z przyczyny tejże przeszkody (§. 95 u. c.) [5]).

„wina“? — czy mamy tu zastosować pojęcie takie, jak przy wynagrodzeniu szkody? — czy mamy żądać złego zamiaru, czy wystarcza niedbalstwo wyższego lub niższego stopnia? czy błąd usprawiedliwia, a w szczególności czy niewiadomość ustawy? Czy może potrzeba winy w znaczeniu prawa karnego (§. 507 u. c.)? O tem ob. DOLLINER w *Zt. f. oest. Rg.* 1825 str. 1 i *Eher.* III. str. 220 n., NIPPEL II. str. 15 n., WINIWARTER I. §. 117, PACHMANN l. c., ANDERS str. 52. RITTNER str. 270 przenosi moment rozstrzygający dla ocenienia winy lub bezwinności na chwilę podniesienia nieważności i twierdzi, że ocenienie zależy od rozwiązania pytania, czy podniesienie to przedstawia się jako bezprawne czy nie. A jako bezprawne uważa podniesienie to wówczas, gdy małżonek wiedział o przeszkodzie, a później okoliczność tę, która go od małżeństwa nie powstrzymała, dla unieważnienia tegoż podnosi. To uważa RITTNER za minimum winy, która może być większą, jeśli n. p. małżonek sam spowodował przeszkodę z zamiarem. W rezultacie zgadza się to ze zdaniem powyżej w tekście wyłożonem. Przeciw temu SINGER w *Ger. Zt.* z r. 1877 Nr. 78 uw. 8 bez przekonywającej argumentacyi. Jedynie uwaga SINGERA wydaje mi się słuszną, że nie można winy przypisywać temu, kto wprawdzie wiedział o faktycznym stanie rzeczy, lecz z powodu błędu pod względem prawa nie uważał go za prawną przeszkodę małżeństwa. Ob. co do tego niżej uw. 5.

[5]) Kwestya, czy prawo opugnowania ma małżonek, który wprawdzie o faktycznym stanie wiedział, lecz z powodu nie-

II. Prawo żądania unieważnienia małżeństwa odpada jednakże w następujących przypadkach:

a) Nawet bezwinny małżonek traci to prawo, jeśli po po osiągnięciu wiadomości o przeszkodzie kontynuuje pożycie małżeńskie (§. 96 u. c.) [6]).

b) Jak to już wyżej powiedziano, prawo ojca, opiekuna, kuratora i władzy opiekuńczej ustaje z chwilą, gdy opieka ustaje (§. 96 u. c. ust. ost.).

c) Ze śmiercią uprawnionego małżonka gaśnie to prawo i nie przechodzi na dziedziców, jeśli tenże małżonek ze swego prawa za życia użytku nie uczynił. Nie ma bowiem wątpliwości, że jest ono uzasadnione w osobistych wyłącznie stosun-

---

wiadomości ustawy nie dopatrzył się przeszkody, również jest sporną. Jeśli się zważy, że ustawa odmawia prawa opugnowania małżonkowi, który o przeszkodzie wiedział, z tego powodu widocznie, iż uznaje zawarcie małżeństwa z przeszkodą za czynność bezprawną i nie chce, aby tenże ze swej własnej bezprawnej czynności korzystał (§. 96 u. c.), nie można odmówić prawa tego małżonkowi, który nie miał poczucia tego, iż popełnia czynność bezprawną. Wszak §. 2 u. c. nie przeszkadza, iż z niewiadomości ustawy można być bezprawnym, a mimo to w dobrej wierze posiadaczem (§ 326 u. c.). Czy zaś w danym przypadku sędzia uzna niewiadomość ustawy za usprawiedliwioną, jest kwestyą dowodu i ocenienia sędziowskiego. Judykatura jest chwiejną. Por. orz. 6964, a z drugiej strony 4974, 10250, 11110, 11501.

[6]) Podczas superrewizyi prezydent HAAN żądał zamiast niewyraźnych słów: „*die Ehe fortgesetzt*“ użycia wyrazów „*die eheliche Beiwohnung fortgesetzt*“. Z tem się ZEILLER zgodził, lecz ostateczna stylizacya w tym kierunku nie została zmienioną. W obec tego jednakże, że w pat. józ. o małż. (§. 28) i w kod. józ. (§. 32) mowa o „*eheliche Beiwohnung*“, że przeciw wnioskowi prezydenta nikt się nie oświadczył, a referent się nawet zgodził, że w końcu § 93 u. c. nie pozwala małżonkom zrywać samowolnie spólnego pożycia, więc też ustawa, nie wchodząc w sprzeczność ze sobą, tego pożycia spólnego nie może poczytywać za objaw zrzeczenia się prawa opugnowania, — zdaje się, że autorowie mieli na myśli kontynuacyę spółkowania, a jedynie dla przyzwoitości wyrazili się inaczej. Ob. DOLLINER III. str. 324 n

kach zmarłego małżonka, jest przeto prawem najosobistszem i nie stanowi części jego spuścizny (§. 531 u. c.)[7].

Rozumie się, że prawo to gaśnie także, skoro uprawniony wyraźnie lub sposobem domniemanym, t. j. przez czynności konkludencyjne (ob. wyżej pod 1) zrzeknie się prawa opugnowania małżeństwa. Zrzeczenie się takie może się odnosić zawsze tylko do pewnej przyczyny nieważności; ogólne bowiem, nieokreślone zrzeczenie się prawa wystąpienia przeciwko ważności umowy jest bezskuteczne (§. 937 u. c.)[8].

Prawo żądania unieważnienia małżeństwa nie ulega przedawnieniu (§. 1479 u. c.: *Alle Rechte gegen einen Dritten* — por. wyżej III. §. 305)[9].

---

[7]) Pytanie co do prawa dziedziców poruszone było na posiedzeniu z 22 marca 1802, a referent wówczas oświadczył, że wprawdzie ust pruska nadaje im takie prawo w razie wymuszonego małżeństwa, jeśli dziecięcia niema, gdy jednak takie dziedzicom nadane prawo mogłoby powodować bardzo często zawikłane dochodzenia, sądził referent, że na pytanie to przecząco odpowiedzieć należy (OFNER I. str. 123).

[8]) Wprawdzie powoływanie się na przepisy prawa majątkowego dla objaśnienia przepisów prawa osobowego często jest niebezpiecznem. W tym jednak przypadku, gdy chodzi o prawo, którem małżonek niewątpliwie swobodnie rozrządzać może i którego realizacya wyłącznie od jego woli tylko zależy, powołanie się na przepis §. 937 u c., zawarty w dziale „o umowach w ogólności“, jest uzasadnione tem bardziej, że ten rozdział ma niewątpliwie ogólną doniosłość dla wszystkich — nie tylko obligacyjnych — umów. Do tego należy dodać, że skoro ustawa dopuszcza nawet milczącego zrzeczenia się tego prawa, już przez samą kontynuacyę małżeństwa, to tem bardziej uznać musi skutek ten wyraźnego zrzeczenia się. Twierdzenie ANDERSA str. 54 uw. 16, jakoby kontynuacya małżeństwa nie była milczącem zrzeczeniem się i jakoby to wynikać miało ze stylizayci ustawy, jest całkiem niezrozumiałe

[9]) Przedawnienie jest bowiem instytucyą czysto prawa majątkowego.

§. 436.

O uchyleniu przyczyn nieważności małżeństwa w ogólności.

DOLLINER II. §. 70 n.; PROCKNER *Ueb. die Arten u. Wirkungen d. Convalidation e. ungiltig geschl. Ehe* w *Jurist* 16 str. 282, *Ueber die Notw. e... Dispensation zum Behufe d. Convalidation* 19 str. 239; HARUM w *Oest. Viertlj*. IV. str. 63 n.; MICHEL *Beitr*. I. str. 59.; ANDERS § 16, *Grundr*. §. 18; KRAINZ II §. 430.

Wszelkie okoliczności, które ustawa wymienia jako przeszkody małżeństwa, stają się przyczyną nieważności tegoż oczywiście tylko wówczas, jeśli przed zawarciem małżeństwa nie zostały uchylone, a więc w chwili uroczystego zezwolenia na małżeństwo jeszcze istniały. Z drugiej strony małżeństwo zawarte z przeszkodą, będącą przyczyną nieważności, nie może stać się ważnem skutkiem następnego jej odpadnięcia. Odpadnięcie faktyczne przeszkody małżeństwa ma jedynie ten skutek, że pozorni małżonkowie mogą odtąd zawrzeć — tym razem już ważne — małżeństwo, którego skutki następują dopiero od tego ponownego aktu zawarcia.

Niektóre przeszkody są tego rodzaju, że, skoro raz powstały, ustać nie mogą. Takiemi są przeszkody, polegające na zdarzeniach, które odstać się nie mogą, jak otrzymanie wyższych święceń lub złożenie uroczystych ślubów zakonnych, udowodnione cudzołóstwo, nastawanie na życie małżonka — i takie, które polegają na trwałym, usunąć się nie dającym stanie rzeczy, jak pokrewieństwo, powinowactwo. Natomiast ustać mogą: choroba umysłowa, małoletność, brak zezwolenia ojca, opiekuna lub sądu, skazanie za zbrodnię, stan porwania niewiasty, różność religii, istniejące małżeństwo. W przypadku ustania takich przeszkód po oddaniu uroczystego zezwolenia na małżeństwo, o konwalidacyi tegoż w prawdziwem znaczeniu nie może być mowy, gdyż takie późniejsze odpadnięcie przeszkody nie legalizuje nieważnie zawartego aktu, lecz daje osobom interesowanym jedynie możność zawarcia nowego małżeństwa ważnego, którego wszystkie warunki ważności spełnione być muszą, tak jak gdyby uroczyste zezwolenie poprze-

dnio wcale nie było nigdy nastąpiło. Wyjątkowo jedynie ustawa zwalnia od ponownego uroczystego zezwolenia w przypadku, jeśli małoletni bez przyzwolenia władzy opiekuńczej zawarł małżeństwo, a władza ta dodatkowo pozwolenie swe udzieli (d. n. z 22 września 1821. L. 1802 zb. u. s.), zaś od ponownej zapowiedzi zwalnia ustawa, jeśli nastąpiła dyspensa od istniejącej w czasie zawarcia małżeństwa przeszkody (§. 88 u. c.)[1]).

Uważnienie nieważnego małżeństwa ze skutkiem wstecznym, t. j. datującym się od chwili zawarcia pierwotnego (nieważnego) aktu, może nastąpić tylko drogą t. z. dyspensy (§. 88 u. c.), o której w następnym §. będzie mowa[2]).

§. 437.
O dyspensach.

DOLLINER II. §. 70—109, tenże w PRATOB. *Mater.* I. str. 56 n., II. str. 93 n., III. str. 1, w *Ztsch f. oest. Rechtsgel.* 1831 I. str 260 n., 1832 I. str. 72 n.; SCHULLER tamże 1843, str. 41 n.; PROCKNER w *Jur.* XVI. str. 282 n., XIX str. 239 n.; HARUM w *Viertelj.* IV. str. 63 n.; RITTNER §. 21, 22; ANDERS *Fam.* § 16 B., *Grundr.* §. 18 B.; VERING w MISCHLERA i ULBR. *Staatswört.* s. v. *Dispensation.*

I. Za wzorem prawa kanonicznego dozwala ust. cyw. w przypadkach uwzględnienia godnych udzielania t. z. dyspensy od przeszkód małżeństwa, to znaczy: pozwala, ażeby faktyczny stan rzeczy, w obec którego zwyczajnie małżeństwo ważnem

---

[1]) UNGER I. str. 65 uw. 22, RITTNER str. 279, a z dawniejszych autorów NIPPEL I. str. 392, PROCKNER w *Jur.* XIX str. 217 n., HARUM w *Viertlj.* IV. str. 63, — przeciwnie rozszerzają, wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy, przepis § 88 u. c. na przypadki faktycznego ustania przeszkody DOLLINER II. str. 206 i *Ztschr. f. oest. Rg.* 1832 I. str. 260 n., WINIWARTER I. §. 109, KIRCHSTETTER do §. 88 u. c.

[2]) Rozumie się, jeśli tą przeszkodą nie był brak zapowiedzi gdyż ustawa zwalnia od ponowienia zapowiedzi (*Wiederholung des Aufgebotes*) nie zaś od zapowiedzi w ogóle.

być nie może, w konkretnym przypadku nie przeszkadzał ważności małżeństwa. Dopuszczalność takich wyjątków od powszechnie obowiązujących przepisów uzasadnioną jest tem, że często okazać się mogą okoliczności, w pośród których zastosowanie takichże ogólnych przepisów do danego przypadku przedstawia się jako zbyteczne, niesłuszne lub nawet szkodliwe.

Władzą, do udzielenia dyspensy upoważnioną, jest z reguły władza administracyjna krajowa (*Landesstelle*, §. 83 u. c.), w niektórych zaś przypadkach władza polityczna powiatowa lub — w gminach mających własne statuty — władza gminna, której poruczone jest urzędowanie polityczne (ust. z 4 lipca 1872. L. 111 dz. u. p.), w najwyższej zaś instancyi ministerstwo spraw wewn. (§. 2 rozp. min. z 1 lipca 1868. L. 80 dz. u. p.)[1]).

W przypadkach tych władze postępują podług swobodnego uznania swego, gdyż dyspensa może, lecz nie musi być daną, rozstrzygają więc w toku instancyi ostatecznie i nie ma możności zażalenia do Trybunału administracyjnego (§. 3 ust. c. ust. z 22 paźdz. 1875. L. 30 dz. u. p. z r. 1876). Ustawa nakazuje przytem, ażeby władza, udzielająca dyspensę, w miarę okoliczności z innemi władzami się porozumiewała (§. 83 u. c. przy końcu)[2]).

---

[1]) Tak zwane urzędy obwodowe (cyrkularne), o których mówi §. 85 u. c., zniesione zostały w Galicyi rozp. min. stanu z 23 września 1865 L. 92 dz. u. p., agendy zaś tyczące się dyspensy od zapowiedzi (§. 85 i 86 u. c.), przeszły na ówczesne urzędy, później starostwa powiatowe (ust. II. cyt. rozp. L. 10). W ciągu prac kodyfikacyjnych usiłowano kilkakrotnie dyspensy od przeszkód kościelnych przydzielić władzom duchownym (por. proj. MARTINIEGO, HARRAS. V. str. 37 uw. 29 i OFNER I. str. 112), co jednak przy obradach jednomyślnie odrzucono. Podług kod. gal. §. 87 I. zastrzeżone było pr. dyspensy władzy prawodawczej. Przy obradach nad ust. cyw. przydzielono je władzy krajowej (*Landesstelle*), a dodatek, iżby władze te miały się odnosić po rozstrzygnienie do najwyższej władzy politycznej, opuszczono (OFNER I. str 111, §. 87)

[2]) W niem. tekscie: *sich in das weitere Vernehmen zu setzen hat.* Ustęp ten w polskich przekładach wszędzie zd. m.

II. Dyspensa może być udzieloną z ważnych tylko powodów (§. 83 u. c.), a więc tylko w przypadkach, w których bezwzględne przeprowadzenie przepisu prawnego z powodu szczególnych, uwzględnienia godnych okoliczności, okazałoby się zbędnem, zbyt surowem lub może nawet szkodliwem. Orzeczenie takie ma więc charakter przywileju w znaczeniu ściślejszem, gdyż odnosić się może zawsze tylko do pewnego konkretnego przypadku. Ustawa wspomina o przeszkodach, które dyspensą usunąć się dadzą (*auflösliche Hindernisse*, por. §. 84 i 98 u. c.), a więc zna i takie, których dyspensą uchylić nie można. Co do kwestyi, które przeszkody do jednego lub drugiego rodzaju

---

mylnie tłumaczony. Urzęd. przekł.: „który... dalej postępować ma“, nie ma żadnego znaczenia; LIPIŃSKI: „który zarządza dalsze dochodzenie“..., WACYK-SZUCHIEWICZ: „który ma... wdać się w dalsze dochodzenie“, wprost fałszywie tłumaczą, ponieważ tu nie o dochodzenie, lecz o porozumienie się chodzi. Że takie znaczenie mają owe wyrazy, uczy historya tego §-fu. Kod. gal. w §. 87 I. zastrzegał udzielenie dyspensy od przeszkód małżeńskich wyłącznie władzy prawodawczej. Fakultet wied. i nadw. komisya rewizyjna proponowała, aby strony się udawały do władzy krajowej, a ta zasięgała w każdym szczególnym przypadku rozstrzygnięcia najw. władzy politycznej. Ze względu na rozszerzony zakres działania władz kraj. opuszczono ustęp o zasięganiu zdania najw. władzy polit. (OFNER I. str. 111, §. 87). W ostatnim odczycie prezydent v. HAAN zaproponował, aby *„in Rücksicht auf Minderjährige und Militaren“*, dodać ustęp: *„welche sich nach Mass der Umstände in das weitere Vernehmen zu setzen hat“* i w ten sposób ustęp ten znalazł się w ustawie (OFNER II. str. 505, §. 75, proj. superrew. §. 83). Chodziło więc o to, aby władza polityczna nie wchodziła w sprzeczność z sądem opiekuńczym lub władzą wojskową a więc w przypadkach, gdzieby tego wymagały zachodzące okoliczności, z temi władzami się porozumiewała. Ograniczenie to do władzy sądowej lub wojskowej nie znalazło wyrazu w ustawie. Z brzmienia §. 83 u c. wynika tendencya, aby władza nie udzielała dyspensy arbitralnie, lecz po należytem zbadaniu stanu rzeczy. Z materyałów tych okazuje się, że zdanie DOLLINERA II. str. 109 iż rozumieć należy porozumienie się (w razie potrzeby) z ordynaryatem, które to zdanie wyraz znalazło w cyt. tamże (wyd 1, II. str. 36) dekr. nadw. z 12 listop. 1812, nie jest zgodne z intencyą prawodawcy. Jeszcze mniej tejże intencyi odpowiada cyt. u JAKSCHA

należą, nie daje ustawa najmniejszej wskazówki [3]), tak, że biorąc na uwagę tylko przepisy cywilne, możnaby wszystkie

---

Gesetzlexikon str. 399 n. dekr. nadw. z 6 czerwca 1819, iż przed udzieleniem dyspensy od pierwszego i drugiego stopnia pokrewieństwa i powinowactwa „w myśl §. 83 u. c.", władza świecka ma się porozumieć z duchowną. Natomiast przypomina rozp. rządu dolno-austr. z 8 kwietnia 1840 L 19369 (zb. u. prow. T. 22, 118), że w przypadkach udzielania dyspensy, ust. cyw. jest jedyną ustawą której trzymać się należy, że dalej władza świecka jedynie wysłuchać ma ordynaryat. Por. KIRCHSTETTER do §. 83 u. c. uw. 3 i cyt tamże autorów.

[3]) Brak ten jest niewątpliwie błędem kodyfikacyjnym, którego uniknęła n. p. instrukcya dla sądów duch. (§. 79 — 85). Głównym powodem tego zaniechania był wprost upór ZEILLERA, który przeciw wyliczeniu najbłahsze przytaczał argumenta. Już w pierwszym odczycie spowodował odrzucenie wniosku apel. Tryb. dolno-austr. przytaczając, że przy niektórych przeszkodach *falle es von selbst auf*, *bei zweifelhaften müsse die Entscheidung nach Beschaffenheit der Umstände abgewartet werden* (OFNER I. str. 111, §. 87). Przy obradach o pat. małż. dla Salzburga ZEILLER zapobiegł wymienieniu przeszkód argumentami, które gdyby były uzasadnione, do wprost przeciwnej uchwały powinny były doprowadzić, że mianowicie kanoniści się spierają co do tego, czy n. p. przeszkoda pokrewieństwa w linii prostej może być uchyloną (? o takim sporze między kanonistami nam nie wiadomo, owszem wszyscy uważają tę przeszkodę za nieusuwalną), a mimo to *würde es sehr auffallen, dieses im Gesetze zu sagen, es dürfte sogar Versuche um Dispens nach sich ziehen* (!) (OFNER II. str. 339 uw. 6). Przy obradach nad kodeksem wyrzekł zaś, że uczy natura rzeczy, rozum i religia, które przeszkody usunąć się dają. (OFNER l. c. str. 344). I w trzecim odczycie ponowił prezydent wniosek wymienienia przeszkód, a tym razem ZEILLER wystąpił z argumentem, w tym spóźnionym peryodzie prac prawodawczych aż nadto przekonywającym, że takie postanowienie wywołałoby zapytywania fakultetów teologicznych i długie dyskusye i dodał znowu: *Sachverständige belehrt die Vernunft, die Religion und zum Theil die Praxis... andere mögen sich an Sachverständige wenden oder ihr Glück bei der Landesstelle versuchen* (!!) (OFNER II. str. 505). Czytając takie argumenta, domyślać się trzeba, że albo miał jakie powody, których nie chciał wyjawić przed komisyą, albo protokoły niedokładnie streszczają myśli i przemówienia jego. Jednakże to

uważać za usuwalne [4]), co jednak nie jest w zamiarze ustawy [5]). Nie może być w szczególności mowy:

1) najpierw o dyspensie od przeszkód polegających na braku zdolności prawnej i zdolności do zawierania umowy w ogóle (§§. 48 do 59 u. c.): z natury rzeczy bowiem wynika, że takiej zdolności żadne orzeczenie władzy zastąpić nie może [6]).

Również dyspensa okazuje się niemożebną:

2) od przeszkód, które, jako w interesie jednej z osób, zawierających małżeństwo ustanowione, tylko na żądanie strony interesowanej podniesione być mogą [7]). Dopóki bowiem strona ich nie podniosła, nie uchybiają one ważności małżeństwa, nie są przeszkodami we właściwem słowa znaczeniu, a gdyby strona interesowana utraciła prawo ich podniesienia, odpadają same przez się. Lecz nawet między przeszkodami, które z urzędu podniesione być winny, są takie, których usunięcie zapomocą dyspensy nie tylko sprzeciwiałoby się istocie małżeństwa, lecz mieściłoby w sobie dopuszczenie czynu karogodnego, w ustawie karnej przewidzianego, jak: przeszkoda istniejącego małżeństwa (§. 62 u. c.) [8]), pokrewieństwo lub po-

---

samo mniej więcej pisze ZEILLER w swoim komentarzu I. str. 237.

[4]) Ob. trafne uwagi RITTNERA str. 156 n.

[5]) Ob. wyżej w uw. 3 cyt rozprawy komisyi prawodawczej.

[6]) Co do małoletności uznaje to wyraźnie dekr. kanc. nadw. z 21 stycznia 1808 zb. u. pol. T. 30, str. 6, Nr. 5, mówiąc, że dyspensa od przedłożenia metryki chrztu nastąpić może tylko wówczas, jeśli pełnoletność innymi dowodami jest wykazaną, a więc nie jest dyspensą od małoletności... *weil es auf eine polit. Dispens von der Minderjährigkeit nie ankommen kann.* Por. w podobnym duchu wydane d. kanc. nadw. z 12 kwietnia 1810 T. 33 zb. u pol str. 170 Nr. 33, d. złącz. kanc. nadw. z 2 sierpnia 1810 T. 34, str. 174 Nr. 32, d. n. z 22 lutego 1817 L. 1319 zb. u s, d n. z 3 stycznia 1822 L. 78 i z 22 marca 1822 zb. u. prow. dolno-austr. T 4, str. 2, z 22 grudnia 1826 L. 2242 zb. u. s., rozp min. z 14 grudnia 1859 L. 222 dz. u p

[7]) A zatem od wszystkich przeszkód prawa prywatnego. Wyjątek zachodzi co do zapowiedzi, o czem poniżej.

[8]) Dyspensa zostawałaby w sprzeczności z charakterem monogamicznym małżeństwa, a nadto małżonkowie popełniliby zbrodnię dwużeństwa z §. 206 u. kar.

winowactwo w linii prostej i między rodzeństwem (§. 65 u. c.) [9]), a ponadto dałoby powód do zgorszenia. Pozostają więc tylko następujące przeszkody, które dyspensą uchylone być mogą: z pomiędzy bezwzględnych wyższe święcenia i uroczyste śluby (§. 63 u. c.), różność religii (§. 64 u. c.) [10]), pokrewieństwo w dalszych stopniach (§. 65 u. c.) lub powinowactwo (§. 66 u. c.), cudzołostwo (§. 67 u. c.), nastawanie na życie małżonka (§. 68 u. c.), brak zapowiedzi (§. 70 u. c.) [11]).

III. Regułą jest, że o dyspensę starać się winny osoby interesowane przed zawarciem małżeństwa (*dispensatio pro matrimonio contrahendo*, §. 84 u. c. ust. 1) [12]). Gdyby je-

---

[9]) Zbrodnia kazirodztwa z §. 131 u. karnej i przekroczenie nierządu z § 501 u. k. Co do powinowactwa jednakże judykatura adm. jest rozmaita. I tak: przeszkodę powinowactwa w linii prostej (między teściem a synową) uznano za usuwalną (orz. min. spr. wewn. z 5 września 1869 L. 11615 w *Zt. f. Verw.* str. 146). Natomiast w myśl d. n. z 19 czerwca 1823 i rozp. min. z 12 sierpnia 1850 L. 2066 uznano przeszkodę tę między ojczymem lub macochą a pasierbem lub pasierbicą za nieusuwalną (cyt. orz. z 1869 r.).

[10]) Nieusuwalność tej przeszkody nigdzie nie jest wypowiedzianą w ustawach, w praktyce jest oczywiście nieusuwalną, gdyż nie ma w Austryi ustawowej formy, w którejby małżeństwo między chrześcijaninem a osobą niechrześcijańską zawarte być mogło. Ust z 31 grudnia 1868 L. 4 dz. u p. z 1869 odnosi się tylko do chrześcijan rozmaitego wyznania.

[11]) Brak zapowiedzi jest przeszkodą, której podniesienie z urzędu nie jest nakazanem (§. 94 u. c.), co do której jednak nie ma wątpliwości, że dyspensa jest dopuszczalną, gdyż już ustawa cywilna (§ 85—87 u. c.) udzielenie tej dyspensy normuje.

[12]) Do tego upoważniony jest każdy małżonek z osobna, niekoniecznie oboje razem. Przeciwne zdanie DOLLINERA II. str. 78, który przy względnych przeszkodach żąda, aby obydwie strony podawały o dyspensę, każda do swojej władzy właściwej, nie znajduje poparcia ani w ustawie, ani w materyałach. Na wątpliwość, podniesioną pod tym względem przez środk. austr. tryb. apel., referent objaśnił, że w każdym razie którykolwiek z małżonków o dyspensę podać może a tylko w razie, gdyby była potrzeba ponowienia pozwolenia na małżeństwo, drugiego małżonka oczywiście zawiadomić musi. Z tem się wszyscy zgodzili (OFNER I. str. 112). W związku z tem

dnakże małżeństwo zawarto mimo zachodzącej przeszkody, która w czasie zawarcia ślubu wiadomą nie była [13]), mogą one prosić o dyspensę władzę krajową, przyczem ustawa dozwala nawet zwrócić się do tejże władzy za pośrednictwem duszpasterza, bez wymienienia nazwiska (§. 84 u. c. ust. 2), drogą poufną. W przypadku przeszkody, istniejącej już w czasie zawarcia małżeństwa, a więc gdy strony po zawarciu tegoż o dyspensę się udawają, udzielenie jej ma na celu ulegalizowanie nieważnego małżeństwa (*dispensatio pro matrimonio contracto*), sama jednakże dyspensa w tym celu nie wystarcza, lecz tylko nadaje pozornym małżonkom możność zawarcia ważnego już małżeństwa, zaczem pozwolenie na małżeństwo musi być ponowionem — chociaż bez ponownych zapowiedzi — przed właściwym duszpasterzem i dwoma świad-

---

powstaje kwestya, do której władzy należy się udać o dyspensę, jeśli każda strona innej władzy podlega? W tej mierze wydaje mi się słusznem zdanie GAPPA w rec. WINIWARTERA *Oest. bg. R.* (*Zt. f. oest. R.* 1832. *Notizenbl.* str. 389), że właściwą jest władza miejsca, gdzie małżeństwo ma być zawartem, a względnie powtórzonem. Chodzi bowiem o ważność małżeństwa zawrzeć się mającego, nie zaś o prawa jednego lub drugiego małżonka, a nadto o dyspensę, którąby decydującą była dla duszpasterza właściwego dla zaślubin, a taką może być tylko dyspensa wydana przez władzę przełożoną. Przeciwnego zdania z dawniejszych DOLLINER II str. 78 n.; WINIWARTER I. §. 106; STUBENRAUCH do §. 83 u. c; z nowszych RITTNER str. 158, uw. 4. Przeciwnie też rozp. styryjsk. Namiestnictwa z 3 sierpnia 1872 L. 9652 w *Zt. f. Verw.* str. 159

[13]) Wyrazy: *ein vorher unbekanntes Hinderniss* odnosić należy, mojem zdaniem, do duszpasterza, który gdyby był o przeszkodzie wiedział, musiałby był ślubu odmówić. Okoliczność, czy małżonkowie o przeszkodzie wiedzieli, czy nie, jest zdaniem mojem obojętna. Ustawa dąży do tego, aby małżeństwa były legalne i ważne, dlatego ułatwia uzyskanie dyspensy bez względu na to, czy i z czyjej winy małżeństwo z przeszkodą zawarte zostało. Analogia z §. 160 u c., iżby przeszkoda przynajmniej jednemu małżonkowi nie była wiadomą (STUBENRAUCH I do § 83, 84 u. c.), w danym przypadku jest całkiem nieuzasadnioną.

kami[14]) i w księgę zaślubin wpisanem, a gdy to się stanie, małżeństwo uważanem być musi za ważne, jak gdyby już pierwotnie ważnie zawarte zostało (§. 88 u. c.)[15]).

IV. Szczególnie przepisy istnieją pod względem dyspensy od zapowiedzi. Jeżeli chodzi jedynie o dyspensę od drugiego i trzeciego ogłoszenia zapowiedzi, lub o skrócenie czasu, przez który zapowiedź — w przypadku ślubu cywilnego z konieczności — ma być afiszowaną, władza ma prawo z ważnych powodów udzielić dyspensę, a względnie pozwolić na skrócenie czasu (§. 85 u. c. i ust. z 4 lipca 1872. L. 111 dz. u. p. §. 1 ust. 1). Jeśli zaś chodzi o zupełne zaniechanie zapowiedzi,

---

[14]) Przy pierwotnej redakcyi chodziło o błogosławieństwo duchowne. Referent był zdania, iż jeśli dyspensę udzielono bez sądowego dochodzenia, władza polityczna nie ma powodu troszczyć się o błogosławieństwo, w przeciwnym razie, jeśli rzecz stała się powszechnie wiadomą, ponowne błogosławieństwo nie da się ominąć (OFNER I. str. 123 n.). Chciano jednak rzecz tę załatwić przy procedurze sądowej, a tylko w pat. dla Salzburga (§ 38) zamieszczono przepis, prawie dosłownie zgodny z § 88 u. c (OFNER II. str. 339 uw. 7). Później wcielono ten § 38 pat dla Salzburga (OFNER II. str. 344 i 506 uw), a po za obradami zwolniono takich małżonków od ponownej zapowiedzi (OFNER II str. 506 uw. 1).

[15]) Praktyka w dwojaki sposób interpretuje ten ustęp. Orz. 8261 uważa ponowienie zezwolenia po uzyskanej dyspensie tylko za warunek konwalidacyi małżeństwa *ex tunc*, gdy przeciwnie orz. 11.110 uważa ponowienie zezwolenia za warunek konwalidacyi w ogóle. To ostatnie zdanie, zdaje mi się, uzasadnione w historyi tego przepisu. Przy obradach nad §. 101 kod gal. poruszył referent kwestyę, czy w razie uzyskanej dyspensy nowe błogosławieństwo duchowne jest potrzebne. Argumentowano wówczas, że dopóki trwała przeszkoda, kontrakt był nieważny, zatem nie było materyi sakramentu i uchwalono, że ślub ma być powtórzony (OFNER I. str. 123). O retroakcyi dyspensy nie było wówczas mowy. Dopiero w grudniu 1807 podczas obrad nad pat. małż. dla Salzburga uchwalono „sankcyę“, że, jeśli powyższy przepis będzie przestrzegany, małżeństwo uznane być ma za ważne tak, jak gdyby z początku było ważnie zawarte (OFNER II. str 239, uw. 7), który to przepis wszedł do kodeksu. Stąd wynika, że pierwszy ustęp tego §-fu zupełnie był niezależnym od drugiego, dlatego też drugi zupełnie niezależnie od pierwszego interpretować należy. Jak w tekscie RITTNER str. 279.

władza może dać dyspensę tylko pod warunkiem, że zaręczeni złożą przysięgę, iż nie jest im wiadomą żadna przeszkoda ich małżeństwa, a to w dwóch tylko przypadkach, mianowicie: 1) jeśli wykazane zostaną okoliczności wymagające nagląco bezzwłocznego zawarcia małżeństwa, a w szczególności bliskie niebezpieczeństwo śmierci (§. 86 u. c.), albo też 2) jeśli mają zawrzeć małżeństwo osoby, o których powszechnie mniemano, że są zaślubieni. W tym ostatnim przypadku do udzielenia dyspensy upoważnioną jest władza polityczna krajowa [16]), a to w razie potrzeby na żądanie duszpasterza, z zachowaniem w tajemnicy nazwisk stron (§. 87 u. c.) i w sposób przepisany dla tajnego udzielenia dyspensy (pismo prez. kanc. nadw. z 11 września 1820), we wszystkich innych przypadkach dyspensy od zapowiedzi udziela władza polityczna I. instancyi (obecnie starostwo lub w miastach o własnym statucie magistrat — ust. z 4 lipca 1872. L. 111 dz. u. p. §. 1. ust. 2, — dla wojskowych ob. dekr. kanc. nadw. z 19 maja 1808 zb. u. pol. T. 30, str. 213 n.). Zaniechanie przysięgi nie pociąga za sobą nieważności udzielonej dyspensy, władzom i duszpasterzom zagrożono jednakże karami, gdyby jej nie odebrano (d. n. z 23 września 1817. L. 1372 zb. u. s.) [17]).

---

[16]) W przypadku ostatnim nie chodzi bowiem o pospiech tak, jak w pierwszym. Mylnie ANDERS str. 60 twierdzi, że dyspensę od zapowiedzi udziela zawsze władza polit. I. inst.

[17]) Zdanie, iż nieprawdziwem przedstawieniem wyłudzona dyspensa jest nieważną, nie ma pozytywnego oparcia w ustawach. Władza nie ma ani prawa, ani obowiązku wierzyć podającym na słowo, lecz musi żądać dowodów. DOLLINER II. str. 192. Zdaniem mojem będzie dyspensa ważną, lecz strona, w błąd wprowadzająca władzę, dopuści się czynu karogodnego, za którą osobno karaną być powinna (§. 320 e. ust. karn.). Nieważność dyspensy, a tem samem małżeństwa, nie jest odpowiednią karą za to przestępstwo, tembardziej, że dotykać może drugiej, niewinnej osoby.

§. 438.

Zakazy małżeństwa [1]).

DOLLINER I. §. 24, II. §. 65, IV. §. 303; RITTNER §. 39, 40; ANDERS §. 17, *Grundr.* str. 16 n; KRAINZ §. 426.

Obok przeszkód, które czynią małżeństwo nieważnem, istnieją w ustawie austr. t. z. zakazy małżeństwa (*Eheverbote*), t. j. przepisy, których przekroczenie nie pociąga za sobą nieważności małżeństwa, wbrew tym zakazom zawartego, lecz inne niekorzystne skutki. W szczególności istnieją takie zakazy:

1) dla osób wojskowych. Podług teraźniejszego stanu ustawodawstwa nie wolno zawierać małżeństwa bez pozwolenia władzy wojskowej: *a*) osobom pozostającym w czynnej służbie wojskowej (marynarce wojennej) i w obronie krajowej; *b*) nie wcielonym jeszcze rekrutom stałego wojska (marynarki) i obrony krajowej; *c*) stale urlopowanym, którzy obowiązani są do służby w linii, z wyjątkiem tych, którzy obowiązek służby jeszcze tylko przez trzy miesiące pełnić mają, i tych, którzy z pewnych w ustawie oznaczonych powodów zostali urlopowani; *d*) oficerom przeniesionym w stan spoczynku z przeznaczeniem do służby lokalnej; *e*) osobom stałej armii i obrony krajowej, umieszczonym w wojskowym domu inwalidów. W razie przekroczenia tego zakazu, małżeństwo wprawdzie nie jest nieważnem, lecz winni i spółwinni ulegają karze, w szczególności dla osób wojskowych czynnych zastosowane bywają przepisy karne wojskowe, do innych kary pieniężne (§. 61 i 50 ust. wojsk. z 11 kwietnia 1889. L. 41 dz. u. p.). Por. także §. 780 u. k. wojsk.

Przed osiągnięciem wieku popisowego i przed wystąpieniem z trzeciej klasy wieku nie wolno w ogóle zawierać mał-

---

[1]) Zakazy małżeństwa kanoniści zwyczajnie nazywają: *impedimenta prohibentia* w przeciwstawieniu do przeszkód małżeństwa, które nazywają *imp. dirimentia.* O niewłaściwości tej terminologii ob. RITTNER Pr. kan. II. str. 295 i u Grünh. str. 507 n.

żeństwa. Wyjęci od tego zakazu są, których przy poborze wykreślono, albo w trzeciej klasie do wojska nie wzięto. Minister obrony krajowej lub władza do tego delegowana, może wyjątkowo pozwolić na małżeństwo. Kto zakaz ten przekroczy, jak niemniej spółwinny, podlega grzywnie pieniężnej (§. 50 ust. wojsk.) [2]). Pozwolenie takie wymagane jest także dla osób w skład korpusu żandarmeryi wchodzących (§. 38 ust. z 25 grudnia 1894. L. 1 dz. u. p. z r. 1895) [3]).

2) W szczupłym już tylko pod względem terytoryalnym zakresie, bo tylko w Tyrolu i Ziemi przedarulańskiej, istnieje

---

[2]) Przepisy wojskowe, odnoszące się do wymaganego pozwolenia władzy, w szczególności kompetencyjne i porządkowe ob. w MAYRHOFERA *Verwaltungsdienst* (wyd. 5. 1898) T. V. str. 77 i GELLERA 5. wyd. większem (1898) str. 137, także w MANZA *Vorschr. üb. d. Erfüllung der Wehrpflicht* 7. wyd. (1897) i w 16 wyd. T. II (1899) do §. 54 u. c. Przepisami nowymi zostało zmienione t. zw. normale o małżeństwach wojsk. z r. 1812, które małżeństwa wojskowych zawarte bez pozwolenia władzy uznawało za nieważne. Rozporządzeniem min. wojny z 14 września 1861, wydanem na podstawie rozp. ces. z 30 sierpnia 1861 o małżeństwach wojskowych, zniesione zostały wszelkie dawniejsze w tym przedmiocie przepisy i orzeczono, że wojskowi, zawierający małżeństwo bez pozwolenia właściwej władzy wojskowej podlegają karom, w wojsk. ust. karnej przewidzianym. §. 54 u. c. nie został zniesiony, odwołanie się jego do przepisów wojskowych obowiązuje tak samo dziś, jak i przedtem.

[3]) Pozwolenie na małżeństwa, jakie wymagane było dawniej dla urzędników rządowych, którzy mieli nie więcej, jak 400, 300 lub 200 zł. rocznej płacy (ob. odnośne przepisy u MAYRHOFERA V. str. 9, uw. 1), stało się obecnie bezprzedmiotowem z powodu, że podług przepisów ustawy z 19 września 1898 L. 172 dz. u. p. najniższa płaca (urzędnika XI. rangi) wynosi 1000, 900 lub 800 zł. Przepisy o sługach rządowych nie wymagały nigdy pozwolenia na małżeństwa (ob. MAYRHOFER l. c.). Specyalne przepisy wymagają dotąd jeszcze pozwolenia dla straży skarbowej (rozp. Min. sk. z 28 lipca 1895 dz. rozp. tego Min. Nr. 140, str. 250). Dla urzędników i sług rządowych istnieje dotąd przepis nakazujący doniesienie przełożonej władzy o zamiarze ożenienia się, którego zaniechanie nie pociąga jednak za sobą żadnych skutków na zawarte małżeństwo.

zakaz zawierania małżeństwa bez pozwolenia władzy dla osób należących do klasy sług domowych, czeladników, robotników dziennych i t. z. *Inwohner*, mających przynależność do jednej z gmin tychże krajów (t. z. konsens polityczny na małżeństwo, *politischer Ehekonsens*, dekr. nadw. z 12 maja 1820 zb. ust. prow. dla Tyrolu T. VII, str. 469, GOUTTA T. 18, str. 288). Przekroczenie tego zakazu zagrożone jest karą, przez władze polityczne wymierzyć się mającą (rozp. min. spr. wewn. z 28 grudnia 1852. L. 21 d. u. p. z 1853 r.)[4]).

3) Jeżeli małżeństwo zostanie uznane za nieważne lub przez śmierć, albo rozwód rozwiązane, nie wolno żonie zawierać ponownego małżeństwa w ciągu pewnego czasu, mianowicie:

a) jeśli jest w ciąży, przed rozwiązaniem;

b) jeśli jest wątpliwość co do ciąży, przed upływem szóstego miesiąca. Gdyby według okoliczności podług świadectwa znawców ciężarność nie była prawdopodobną, może sobie wyjednać po upływie trzech miesięcy dyspensę, a to w stolicy od rządu krajowego, po za stolicą zaś od starostwa powiatowego, w miastach o własnych statutach od magistratu (§. 120 u. c., ust. z 4 lipca 1872. L. 111 dz. u. p. §. 1). Stąd wynika, że przed upływem trzech miesięcy nigdy, zaś przed upływem sześciu miesięcy bez dyspensy żonie zamąż pójść nie wolno[5]). Przekroczenie tego zakazu nie pociąga za

---

[4]) O historyi tego „konsensu“ ob. MAHL-SCHEDL w ULBRICHA i MISCHLERA *Staatswörterb.* I. s. v. *Eheconsens* i cyt. tamże literat. W Galicyi i Bukowinie nie był nigdy wymagany. Przedmiotem tym zajmowała się kom prawod. w pierwszym odczycie bardzo dokładnie (OFNER I. str. 96 n.). Po długich obradach zgodzono się na przepis, podług którego czeladnikom rękodzielniczym i osobom, które nie mają pewnego zarobku, zakazano małżeństwa bez pozwolenia władzy politycznej (l. c. str. 101), a to pierwotnie nawet pod nieważnością małżeństwa, co później zmieniono na zakaz (l. c. str. 103 uw. 1). W drugim odczycie postanowiono jednak przedmiot ten pozostawić całkowicie ustawodawstwu politycznemu (l. c. II. str. 343 do § 64 i 65)

[5]) RITTNER str. 290. Z dawniejszych DOLLINER III. str. 275; NIPPEL II. str. 142; WINIWARTER I. §. 146;

sobą nieważności małżeństwa, lecz ściąga tak na wdowę, jak i na nowego małżonka inne niekorzystne skutki.

W szczególności:

a) traci żona korzyści, jakie mąż pierwszy przyznał jej w umowie o dziedziczeniu, małżeńskiej lub w układzie przy rozwodzie zawartym;

b) traci nowy małżonek prawo uznania małżeństwa za nieważne z powodu §. 58 u. c. (ob. wyżej §. 426 ust. II), a nadto

c) mąż i żona ulegają stosownej do okoliczności karze. Jeśli w takiem małżeństwie urodzi się dziecię i zachodzi wątpliwość, czy go nie spłodził poprzedni mąż, ma być ustanowiony kurator dla zastępowania jego praw (§. 121 u. c.).

4) Inne zakazy wynikają z przepisów porządkowych, wydanych w celu zapobiegania zawieraniu małżeństw nieważnych. I tak wymienić tu należy wspomniane już w odpowiednich miejscach przepisy, stanowiące:

a) że nie wolno duszpasterzowi przedsięwziąć zaślubin, dopóki mu nie zostanie przedłożone świadectwo dokonanych

---

KIRCHSTETTER do §. 120. Przeciwnie sądzą PACHMANN II. str. 297, 2 wyd., str. 334; STUBENRAUCH do §. 120, 121 w uw.; UNGER I. str. 93, uw. 72); KRAINZ-PFAFF II. §. 426, uw. 14 c.); PFAFF w Grünh. II. str. 311; ANDERS str. 65, że żona czasu żadnego wyczekiwać nie potrzebuje, jeśli nie ma wątpliwości, iż nie jest w ciąży. Słuszną jest uwaga PFAFFA w Grünh. II. str. 311, uw. 102, że ustawa nie tylko dwa przypadki odróżnia, t. j. czy jest pewnem, czy wątpliwem, że żona jest w ciąży, lecz że możebnym i trzeci przypadek, t. j. że pewnem jest, iż nie jest w ciąży. Lecz także i do tego ostatniego przypadku odnosi się potrzeba żądania dyspensy, gdyż okoliczność, czy ciąża jest nieprawdopodobną, musi być stwierdzoną czy to znawcami, czy też podług okoliczności w inny sposób. Inaczej zależałoby wprost od ocenienia samej kobiety i od jej prawdziwego czy błędnego przekonania, czy się ma poddać dyspensie, czy nie. W kod. gal. §. 112 I. termin nie był oznaczony, lecz tylko o ciąży była mowa. Komisya rewizyjna wnosiła, aby na przekroczenie tego przepisu nałożyć nieważność małżeństwa. Temu sprzeciwił się ZEILLER z powodu, że nawet u protestantów, którzy są hojniejsi w ustanawianiu przeszkód, nie czyni ono małżeństwa nieważnem (OFNER I, str. 136).

zapowiedzi, tudzież w przypadkach §. 49, 50—52 i 54 dowód wymaganego pozwolenia, dalej dopóki osoby, których pełnoletetność nie jest ponad wszelką wątpliwość oczywistą, nie przedłożą świadectw urodzin lub pełnoletności, w końcu dopóki w przypadku poruszenia jakiejś przeszkody małżeństwa wszelkie potrzebne świadectwa nie zostaną przedłożone i wszelkie przeszkody usunięte (§. 78 u. c.). Gdyby pełnoletność osób żądających zaślubin nie mogła być wykazaną świadectwem urodzin, pozwala dekr. nadw. z 22 grudnia 1826. L. 2242 zb. u. s. udzielić dyspensę od przedłożenia tegoż, jeśli prawdziwość wszystkich tych okoliczności, które udowodnione być miały świadectwem urodzin, t. j. „narodowość, wiek, religia“, w innej drodze stwierdzone zostały. Dyspensę daje rząd krajowy, a tylko w razie nagłym niebezpieczeństwa śmierci władza polityczna I. instancyi (starostwo, magistrat, §. 1 ust. 3, ust. z 4 lipca 1872. L. 111 dz. u. p.)[6]).

b) Podobnie istnieje zakaz dokonania zaślubin w przypadku, jeśli chodzi o małżeństwo osoby, która już była raz zaślubioną, a nie jest stwierdzone uznanie poprzedniego ślubu za nieważny lub też rozwiązanie małżeństwa (§. 62 u. c.).

5) W końcu do tej kategoryi należą przepisy, odnoszące się do zaślubin obcokrajowców w krajach tutejszych, przyczem tutejsze krajowe organa, powołane do dokonania zaślubin, ze względu na §. 34 u. c., nie mogą dopuścić do zaślubin, nie przekonawszy się w sposób dowodny o tem, czy obcokrajowiec podług ustaw, którym według swego zamieszkania, lub też w braku tegoż według urodzenia jako poddany podlega, ma osobistą zdolność do zawarcia małżeństwa. Rozumie się, że, nie mogąc dopuścić w ogóle małżeństwa, któreby sprzeciwiało się tutejszym bezwzględnie obowiązującym przepisom, zarówno badać winny, czy nie zachodzą okoliczności, które, jakkolwiek podług ustaw obowiązujących obcokrajowca dozwolone, podług tutejszych ustaw stanowią przeszkodę małżeństwa [7]).

---

[6]) Przepisy odnoszące się do udzielenia takiej dyspensy, ob. MAYRHOFER V. str. 16, w uw. 1.

[7]) Ob. o tem RITTNER str. 35 n., 299 n. Przepisy o zaślubinach obcokrajowców w krajach tutejszych por. u MAYRHOFERA V. str. 45 n., gdzie przytoczone są także str. 50 n.

Przekroczenia zakazów małżeństwa, o ile w zakazującej ustawie nie jest inaczej unormowane, podlegają jurysdykcyi karnej władz politycznych podług rozp. min. z 5 kwietnia 1855. L. 61 i z 30 września 1857. L. 198 dz. u. p.[8]).

---

przepisy węgierskich nowych ustaw małżeńskich (art. ust. XXXI, XXXIII z r. 1894) i ogłoszone w krajach tutejszych z tego powodu rozp. władz cywilnych.

[8]) Przepis §. 507 ust. k. o zawarciu zabronionego małżeństwa bez dyspensy odnosi się według swej treści tylko do przeszkód małżeństwa, czyniących małżeństwo nieważnem (HERBST do §. 507 u k.), i wymaga nadto zamiaru. Gdyby nie wszystkie znamiona tego przekroczenia, w ustawie karnej wymagane, zachodziły, przekroczenie podlega jurysdykcyi władz politycznych.

ROZDZIAŁ IV.

O prawnych skutkach małżeństwa.

§. 439.

O skutkach zwyczajnych.

DOLLINER II. §. 110—120; RITTNER §. 41—43; ANDERS §. 18, *Grundr.* §. 21; KRAINZ II. §. 434.

Skutki prawne zawarcia małżeństwa poczynają się od chwili zaślubin [1]). Że w szczególności niedopuszczalnym jest warunek lub czasokres odraczający te skutki, już powyżej w §. 414 ust. IV. wyłuszczono.

Skutki te objawiają się częścią w prawie osobowem, częścią w prawie majątkowem (§. 89 u. c.). O tychże ostatnich będzie mowa poniżej w nauce majątkowego prawa małż. [2]).

---

[1]) Nie zaś od chwili spełnienia jego (*consumatio*). O tem nie było wątpliwości dla autorów kod. Proponowanego zamieszczenia tej zasady w kodeksie w odniesieniu do praw osobowych, ZEILLER nie przyjął, zauważając, że reguła ta, co do skutków majątkowych, w §. 343 III. kod. gal. jest wyrażoną. (*Die den Eheleuten entweder aus dem Gesetze oder aus dem Vertrage zustehenden Rechte beruhen keineswegs auf der ehelichen Beiwohnung, sondern lediglich auf der Trauung, es müsste denn anders bedungen worden sein).* Lecz i ten ustęp później opuszczono. (Por. OFNER I. str. 71, §. 61 i II. str. 148 n.).

[2]) W kod. józ. traktowano o obydwóch tych rodzajach skutków prawnych łącznie. Ustawa cywilna je rozdziela (§. 89, 1217—1266 u. c.), jednak również nie całkowicie, w szczególności o skutkach majątkowych, z ustawy wynikających, trak-

Skutki majątkowe są wyłącznie prywatno-prawne, osobowe zaś częścią są natury publicznej, częścią należą do zakresu prawa prywatnego. Właściwość stosunku małżeńskiego sprawia, że nie dadzą się one podług swej natury ściśle od siebie oddzielić, a to jest powodem, że także skutki natury publicznej w kodeksie cywilnym unormowano.

Zawarcie małżeństwa jest aktem prawnym, którego skutki objawiają się przedewszystkiem w tem, że dla małżonków powstają rozliczne prawa i obowiązki wzajemne[3]). Podług treści §. 89 u. c. prawa te i obowiązki małżonków wynikają z celu ich złączenia, z ustawy lub też z zawartych umów. Ustawa tylko część owych praw i obowiązków normuje, po za tymi zaś istnieją inne, które wynikają z istoty małżeństwa jako instytucyi obyczajowej i religijnej, wyliczenie ich więc w ustawie nie jest wyczerpującem[4]).

Odróżnić należy skutki objawiające się na wewnątrz, o ile odnoszą się do wzajemnego między małżonkami stosunku — i na zewnątrz, w obec osób trzecich.

I. Skutki na wewnątrz.

1) Przedewszystkiem wywołuje zawarcie małżeństwa nierozłączną w zasadzie spólność życia, objawiającą się tem,

---

tuje także w pr. osobowem, w pr. majątk. małżeńskiem zaś przeważnie o umownem pr. maj. małżeńskiem.

[3]) Ob. RITTNER str. 304 przeciw autorom, którzy odmawiają treści upoważnień i obowiązków z małżeństwa wynikających charakteru prawnego.

[4]) Że ustawa nie wylicza wyczerpująco wszystkich praw i obowiązków wzajemnych, wynika jasno z materyałów. Referent ZEILLER odpierał bowiem niektóre wnioski, dążące do wymienienia w ustawie jeszcze innych praw i obowiązków, między innymi także i tym argumentem, że w §. 61 kod. gal. nie jest wcale powiedzianem, iżby tam już wszystkie prawa i obowiązki były wyliczone. Na to wskazują końcowe słowa §. 61 kod. g.: *Vor allem sind die Eheleute verbunden...*, z czego wynika, że są oni także: *zu anderen Dingen verbunden.* §. 90 u. c., który utworzono z powyższych wyrazów § 61 kod. gal., innemi słowy to samo wyraża: *Vor allem haben beide Theile eine gleiche Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht, Treue und anständigen Begegnung.* (Ob. OFNER I. str. 71 n.).

że małżonkom, chociażby tak zgodnie postanowili, nie wolno samowładnie, a więc bez orzeczenia sądowego, zaprzestać pożycia spólnego (§. 93 u. c.). Tem mniej wolno zrywać spólność jednostronnie wbrew woli małżonka drugiego. Każdemu małżonkowi wolno żądać od drugiego choćby drogą skargi spólnego z nim gospodarstwa i mieszkania [5]). Pewną w tej mierze przewagę ma mąż jako głowa rodziny (§. 91 u. c.). Upoważnienia zaś, jakie mu w tym charakterze służą, uzasadnione w zwyczaju i uznane przez ustawę, tworzą t. zw. władzę mężowską. W tym przymiocie służy mu przedewszystkiem stanowczy głos co do wyboru miejsca zamieszkania, żona zaś obowiązaną jest dzielić z nim mieszkanie jego [6]). Dalej służy

---

[5]) §. 568 niem. proc. sąd. wymienia skargę o restytucyę pożycia małżeńskiego (*Herstellung des ehelichen Lebens*). Wyrok na taką skargę zapadający może być po myśli §. 774 tejże ust. przymusowo wykonany. Ob. o tem SCHEURL *D. gem deutsche Eher*. str. 258 n. W pr. austr. wyraźnego pod tym względem postanowienia nie ma. Rozp. min. wyznań i ośw. w poroz. z min. sprawiedl. z 1. marca 1868 L. 825 (nieogł. w dz. u. p.) orzeka, że prawo męża żądania, aby żona dzieliła z nim mieszkanie i dopomagała mu w gospodarstwie, należy do czysto cywilnych skutków małżeństwa, do którego realizowania powołane są sądy, ponieważ rzeczone prawo skutkiem umów i innych okoliczności może ulegać modyfikacyom, a naruszenie tegoż nie zawsze mieści w sobie odmowę lub samowładne zerwanie małżeńskiego pożycia. Czy zaś wyjątkowo wkroczyć może władza polityczna, jest kwestyą ogólnej policyi bezpieczeństwa i obyczajności, którą w każdym przypadku z osobna rozstrzygać należy. Praktyka sądowa przeważnie uważa sprawy takie za przedmiot postępowania niespornego po myśli pat. z 9. sierp. 1854 L. 208 dz. u. p. Por. orz. 7366, 7736, 9324, 10492, 11669, 14432, chociaż nie brak i przeciwnych orzeczeń, por. 6732, 7348, 13706, że prawo to tylko drogą skargi dochodzone być może, a które jako prawdziwe uważam. Rozmaicie też rozstrzyganą bywa kwestya wykonania nakazu powrotu, por. orz. 2869, 8228, 9324, 10781. Wielkim brakiem ustawodawstwa jest, że te kwestye nie są rozstrzygnięte wyraźnie.

[6]) Uniwersytet praski pragnął złagodzić obowiązek ten żony, proponując dodatek: *dafern es ohne Vermögens-, Leibes- und Lebensgefahr geschehen kann.* Referent ZEILLER uznał dodatek ten za zbędny, ponieważ treść jego wynika jasno z natury

mu prawo kierowania gospodarstwem domowem, a zatem i decydujący w tej mierze głos. Żona zaś obowiązaną jest pomagać wedle sił w temże gospodarstwie i zarobkowaniu i o ile porządek domowy tego wymaga, zarządzenia jego tak sama wykonywać, jakoteż starać się, aby je wykonywano [7]) (§. 91, 92 u. c.). Decyduje zatem mąż o sposobie zarobkowania, oznacza miarę wydatków i dzierży nadzór nad gospodarstwem domowem. Z jednej strony wynika stąd, że mąż ma prawo domagać się, choćby w drodze przymusu sądowego, ażeby żona spólne z nim mieszkanie zajmowała [8]), z drugiej zaś strony żona ma prawo żądać, aby ją mąż do swego mieszkania przyjął [9]). Rozumie się, że te normalne skutki ulegają modyfikacyi w przypadkach t. zw. separacyi (o której poniżej w §. 440), jak niemniej w przypadkach, w których wybór miejsca zamieszkania męża jest bezprawnym (n. p. w razie ucieczki tegoż lub nieprawnego pobytu za granicą) [10]), lub jeśli przepisy prawne nie pozwalają na spólne pożycie z mężem (jak przy małżeństwie wojskowem drugiej klasy, uwięzieniu męża i t. p.), albo w końcu w przypadku, gdyby mąż nie mógł uczynić zadość swemu obowiązkowi dostarczenia żonie utrzymania, nie miał własnego mieszkania i t. p. [11]). Nie rozciąga się zaś władza męża na stosunki majątkowe żony, a nawet małoletnia żona poddana jest tylko ze względu na swą osobę władzy

---

rzeczy i z ogólnych zasad interpretacyjnych (OFNER I. str. 73 n. §. 63).

[7]) Naturalną granicą tego obowiązku żony jest, iżby polecone przez głowę rodziny działanie nie mieściło w sobie czynu zabronionego albo niemoralnego. DOLLINER §. 116 zastanawia się nad tem, czy mąż tej władzy zrzecby się mógł i przenieść ją na żonę, i dochodzi do rezultatu, że nic nie stoi temu na przeszkodzie, lecz sąd takiej umowy uznać nie może za obowiązującą.

[8]) Ob. wyżej uw. 5.

[9]) Gdyby żona miała własne mieszkanie, to samo prawo ma mąż. Por. orz 1363. Por. także orz. z 2 czerwca 1898 i 18 paźdz. 1898 w GELLERA i JOLLESA *Praxis d. O. G. H.* I. Nr. 120 i 121, w których przyznano żonie prawo żądania, aby mąż do mieszkania spólnego wrócił.

[10]) Por. orz. 609, 9427.

[11]) Por. orz. 9427, 9561, 11273. Ob. także wyżej uw. 6.

mężowskiej, ze względu zaś na majątek pozostaje pod opieką ojca, opiekuna lub kuratora (§. 175, 187 u. c.), przyczem mąż może być kuratorem ustanowiony (§. 260 u. c.). Samowładne zerwanie spólności małżeńskiej z którejkolwiek strony uzasadnia w pośród pewnych okoliczności (o których poniżej będzie mowa), prawo żądania separacyi (§. 109 u. c.), lub rozwodu (§. 115 u. c.).

2) Obowiązek ponoszenia kosztów spólnego pożycia w pierwszym rzędzie ciąży na mężu, który winien dostarczyć środków dla utrzymania spólnego mieszkania, a więc też starać się o przyzwoite, odpowiednie majątkowi swemu utrzymanie żony i chronić ją we wszystkich przypadłościach życia (§. 91 u. c.)[12]. Obowiązek ten ustaje, jeśli żona samowładnie bez usprawiedliwiających powodów spólne mieszkanie opuszcza; w przypadkach zaś, gdyby, czy to z woli męża, czy też wbrew jego woli, lecz legalnie do tego była upoważnioną, mąż ma obowiązek dostarczać jej środków utrzy-

---

[12]) Prawo zastępstwa żony, które nadaje mężowi §. 1238 u. c., odnosi się tylko do stosunków majątkowych pełnoletniej żony, o czem bliżej w maj. pr. małż. W §. 91 u. c. nie ma mowy o tem prawie, lecz tylko o obowiązku bronienia żony. Por. uwagi ZEILLERA przy obradach nad §. 62 I. kod. gal. (OFNER I str. 72) i HAANA (tamże str. 73), którzy obydwaj kładli nacisk na to, że „zastępstwo“ to z §. 91 u. c. *ist nicht als Recht sondern als Pflicht des Mannes zum Besten der Frau ausgesaget*. Por. DOLLINER II. str. 258; NIPPEL I. str. l. 413; SCHINDLER w *Z. f. oest. Rg.* 1841 II. str. 92. Zdanie, jakoby §. 91 u. c. uzasadniał tylko obowiązek zastępstwa żony przed sądem (RITTNER str. 318 i cyt. tamże orz. 2053) uważam za mylne. Że autorowie o sądowem zastępstwie żony przy tym §-fie nie myśleli, dowodzi fakt, iż hr. ROTTENHAHN proponował zmianę wyrazu: „*vertreten*“ na „*schützen*“, albo też dodatek: *dass wegen der gerichtlichen Vertretung späterhin eine besondere Vorschrift folgen werde*, a wniosku tego nie przyjęto jako „zbyteczny“. Interpretacya późniejsza dowodzi, że nim nie był. Mąż więc ma obowiązek bronić żonę wszędzie (*in allen Vorfällen*), więc zarówno w interesach majątkowych, jak przed pierwszym lepszym napastnikiem, „we wszystkich przypadłościach życia“. Zastępować ją w interesach majątkowych ma zaś prawo podług §. 1238 u. c. o tyle, o ile żona tego prawa mu nie zaprzeczy.

mania, chybaby orzeczeniem sądowem (z powodu winy żony) od tego był uwolniony (§. 1264 u. c. i d. n. z 4 maja 1841. L. 531 zb. u. s.).

3) Małżonkowie obowiązani są wzajemnie do małżeńskiej powinności i wierności (§. 90 u. c.). Obowiązkowi małżeńskiej powinności (*debitum coniugale*) odpowiada prawo żądania dozwolenia sobie wzajemnie cielesnego spółkowania. Prawo to jednakże nie jest tego rodzaju, iżby drogą skargi i przymusu sądowego mogłoby być zrealizowane [13]). Odmówienie prestacyi tego obowiązku może w pośród pewnych okoliczności dać powód ważny do separacyi (§. 107, 109 u. c.) [14]) lub roz-

---

[13]) Tego zdania przeważna część autorów austr. Przeciwnie DOLLINER II. str. 234; WINIWARTER I. §. 111; STUBENRAUCH do §. 90; ANDERS str. 69. Oryginalnie radzi sobie BARTSCH: *D. g. Verf. in Ehes.* str. 397, gdyż przeczy możności sądowego dochodzenia tego prawa, a mimo to obmyśla postępowanie dla takiej skargi odpowiednie i uznaje za najodpowiedniejsze post. dla spraw niespornych (?!). Jak słusznie RITTNER str. 310 uw. 1 zauważa, dość rozważyć różne projekty w tej mierze czynione i okoliczności, któreby sędzia musiał badać, aby dojść do przekonania, że sama natura przedmiotu takiej skargi uchyla się od kognicyi sędziowskiej. ZEILLER pisze w swoim koment. I. str. 246 n., że wymuszenie tego obowiązku jest najprzewrotniejszem zastosowaniem przymusu (*die verkehrteste Anwendung des Zwanges*). I cóż to jest tak dziwnego, że ustawa nie dopuszcza do skargi w tym przypadku? Wszak nikt się nie dziwi i nie gorszy istnieniem t. zw. naturalnych niezaskarżalnych zobowiązań. Dlaczegoż koniecznie szukać skargi tu, gdzie przymus świadczenia byłby daleko niemoralniejszym, aniżeli odmówienie jego? ANDERS l. c. sądzi, że tu chodzi o *condemnatio auf ein unvertretbares facere.* Chciałbym widzieć sędziego, któryby, niezmuszony do tego ustawą, zniewalał wzbraniającego się małżonka grzywnami do spółkowania, w pośród okoliczności, któreby czyniły akt ten najniemoralniejszą funkcyą zwierzęcą. Wszak DOLLINER, jakkolwiek jest zwolennikiem przymusu, przyznaje, że siły natury i sprawy sercowe nie podlegają władzy wykonawczej sędziego, a nawet przypuszcza, że małżonek może u sędziego szukać ochrony, jeśli drugi jest nadto natarczywy.

[14]) Kwestyę, czy umowa o zaniechanie spółkowania w małżeństwie jest obowiązującą, rozstrzygają najczęściej przecząco, powołując się na to, że sprzeciwiałaby się celowi małżeństwa.

wodu (§. 115 u. c.) [15]). Naruszenie obowiązku wierności nie tylko daje powód do separacyi lub rozwodu i innych skutków cywilnych (§. 109, 115, 135, 67, 119, 543 u. c.), lecz nadto stanowi czyn karogodny podług ustawy karnej (§. 502, 503, 510, 525 u. k.).

4) Małżonkowie są obowiązani do przyzwoitego obchodzenia się z sobą (§. 90 u. c.) [16]); wykroczenia przeciw temu obowiązkowi, jak nastawanie na życie lub zdrowie drugiego małżonka, ciężkie urazy, albo ze względu na stanowisko i wykształcenie osób bardzo dotkliwe, powtarzające się udręczenia, pominąwszy, że usprawiedliwiają opuszczenie spólnego mieszkania przez zagrożonego małżonka, są powodem separacyi (§. 109 u. c.) i rozwodu (§. 115 u. c.), a nawet mogą mieścić w so-

---

Skoro jednak nawet niemoc płciowa, jeśli powstaje w ciągu małżeństwa, nie zdoła go rozerwać, a podniesienie tej przeszkody, choćby już w chwili zawarcia małżeństwa istniała, jest w granicach dyspozycyi strony interesowanej, nie ma powodu usuwać umowy tej z pod dyspozycyi stron. Rozumie się, że warunek zaniechania spółkowania, umówiony przed zawarciem małżeństwa, nie wpłynie tak samo na ważność jego, jak wszelkie inne warunki (§. 59 u. c.).

[15]) Orz. 11738. Powszechnie jest uznanem, że wyliczenie powodów separacyi w §. 109 u. c. jest przykładowem, a nie wyczerpującem. Ustawa w §. 107 mówi: *wichtige Gründe*, (§. 115: *aus erheblichen Gründen*), poczem dopiero wyliczenie następuje (por. orz. 2105, 7031). Z materyałów — co prawda — nie wynika to wyraźnie, gdyż autorowie kod. tam niemal nad każdym powodem separacyi i rozwodu obszerne wiedli dyskusye. Gdy jednakże rozprawy te się odbywały, stylizacya tego §. była inną i wskazywała na wyczerpujące wyliczenie (§. 108 kod. gal., gdzie powiedziane było... *in folgenden Fällen, Erstens... Zweitens* i t. d., w §. 109 kod. g. zaś: *Die angeführten Gründe.. mögen bei anderen Religionsverwandten auch zur gänzlichen Auflösung... hinreichend sein...*), por. także OFNER I. str. 133 n. §. 108 i 109. Ostateczna stylizacya, która nam pozwala upatrywać tu przykładowe wyliczenie, powstała po za obradami. Por. §. 101 (108) zrewid. (i superrew.) proj. (OFNER II. str. 667.). Por. niżej §. 442 uw. 9.

[16]) Por. orz. cyt w uw. 10. Przeciwko zamieszczeniu w §. 90 słów: „*anständige Begegnung*“ oponował prezydent v. HAAN z powodu, że to „przyzwoite obchodzenie się“ nie może być przedmiotem ustawy (OFNER I str. 72).

bie znamiona czynu karogodnego (§. 413, 419 u. karn.). W szczególności nie służy mężowi, chociaż jest głową rodziny, prawo karności domowej nad żoną, chociażby jako małoletnia „co do swej osoby“ podlegała władzy męża (§. 175 u. c.); władza ta bowiem nie jest inną, aniżeli mężowi nadają §. 91 i 92 u. c. (w §. 175 u. c. zacytowane). Tem mniej służy mężowi prawo czynnego znęcania się (*Misshandlung*) [17]), przez które żona poniosłaby uszczerbek na ciele. Dążeniem ustawy było widocznie wskazać małżonkom drogę wzajemnej wyrozumiałości.

II. Skutki na zewnątrz.

1) Żona otrzymuje nazwisko rodowe męża [18]) i używa praw stanu jego (§. 92 u. c.) bez względu na to, czy to z korzyścią, czy z niekorzyścią dla niej jest połączone [19]). Skutek ten jest koniecznem następstwem zawarcia małżeństwa, zatem niezależnym od jej woli. Odmienne umowy są niedopuszczalne [20]).

---

[17]) Por. orz. 9427.

[18]) Żona zatrzymuje to nazwisko także po rozwiązaniu małżeństwa przez śmierć lub rozwód (Opinia min. sprawiedl. z 13 marca 1870 L. 2180 w *Zt. f. Verw.* rocznik IV. Nr. 26 str. 102; w przypadkach uwzględnienia godnych może jej być dozwoloną zmiana nazwiska (orz. min. spr. wew. z 20 marca 1870 L. 3988 i z 3 czerw. 1871 L. 6828 tamże l. c.). Rzecz naturalna, że w razie uznania małżeństwa za nieważne, mniemana żona odzyskuje swe własne rodowe nazwisko i traci prawo do nazwiska mniemanego męża (arg. z §. 102 i 1265 u. c.).

[19]) Szlachcianka, wyszedłszy za nieszlachcica, traci więc szlachectwo rodowe. Było to dawniej sporne. Ob. FISCHER w *Zt. f. oest. Rg.* 1825 *Notizenbl.* str. 196. Przeciw temu NIPPEL 1827 II. str. 302 n.

[20]) Prawo do nazwiska nie jest więc prawem prywatnem, gdyż brak mu istotnej takiego prawa cechy t.j. wolności dyspozycyi. Jest ono koniecznem następstwem urządzeń publicznych. Ob. odnośne przepisy u MAYRHOFERA wyd. 5 II. str. 1178. Por. RITTNER str. 315. ALLERHAND Prawo imion w Przegl. pr. i adm. 1898 I. str. 869 n., 1899 I. str. 26 n. W szczególności małżeństwo morganatyczne jest w Austryi uznane tylko dla domu panującego. O nazwiskach w ogóle ob. KASERER *Ueb. Personennamen u. deren Aenderung nach oest. Ges.* 1877., STERN *Ueber Namenwesen nach oest. Rg.*

2) Podług męża reguluje się też obywatelstwo żony (§. 32 u. c., pat. z 21 marca 1832. L. 2557 i dekr. nadw. z 23 lutego 1833. L. 2595 zb. u. s.) i przynależność do gminy (§. 7 ust. z 3 grudnia 1863. L. 105 dz. u. p.) [21]), tudzież ogólna właściwość sądu (§. 70 norm. jur. z 1 sierp. 1895. L. 111 dz. u. p.) [22]).

3) Z właściwościami stosunku małżeńskiego liczą się też inne przepisy. I tak stosunek małżeński jest przyczyną wykluczenia sędziego w sprawach cywilnych (§. 20 l. 2 normy jur. z r. 1895) i karnych (§. 67, 69, 75, 120 pr. kar.), uwalnia od świadczenia w sądzie karnym (§. 152 l. 1 pr. karn.), wyklucza lub modyfikuje kwalifikacyę przestępstw (§§. 60, 61, 216, 189, 463, 525 u. karn. i t. p. [23]).

---

w *Zt. f. Verw.* 1893 Nr. 50—52, ULBRICH-MISCHLER *Staatswört.* II. s. v. *Name.* W nowym kod. cyw. niem. wprowadzono ochronę prawa do używania nazwiska (§. 12 kod. cyw. niem., por. *Denkschrift* z. *Entw.* str. 10 n.), a nawet dopuszczono cywilną skargę o stwierdzenie podług §. 231 proc. niem. Por. HERMANN *Ueb. d. R. der Namenführung u. Namensänd.* w *Archiv f. civ. Pr.* T. 55 str. 153 n.; KOHLER *Das Individualrecht als Namenrecht* w *Arch. f. bgl. R.* V. str. 77 n., FISCHLER *Der Rechtschutz d. Namens* tamże VI. str. 36 n. Por. też RITTNER str. 320 uw. 1 i cyt. tamże dawniejsze przepisy tudzież przytoczone tamże za SONNENFELSEM (*Über den Geschäftsstyl*, 1784) poglądy cesarza Józefa II. wyrażone w bilecie odręcznym do hr. Kolovratha.

[21]) Jako skutek na zewnątrz przedstawiają często także zastępstwo męża przez żonę (Tak orz. 2053). O tem jednak należy mówić w pr. majątkowem małżeńskiem. Zastępstwo w sprawach publicznych polega na ustawach specyalnych i należy do prawa publicznego.

[22]) Ob. SPIEGEL *Beitr. z. oest. Heimathsr.* w praskiej *Viertlj.* XXIX. str. 50. Wyjątkowo zatrzymuje żona swoją przynależność w małżeństwach wojskowych II. klasy. Nowa norma jur. wprowadziła zmianę, że żona przez męża opuszczona i żony urzędników i wojskowych mogą mieć odrębny sąd przynależności (§. 70 i 73 normy jur. z 1895 r.).

[23]) Dawniej byli mąż i żona świadkami odrzutnymi (§. 216 gal. proc. z r. 1796), co podług dzisiaj obowiązującej ustawy procesowej w obec swobodnego ocenienia dowodu przez sędziego odpadło.

§. 440.

O skutkach małżeństwa w przypadkach rozdziału od stołu i łoża (separacya).

DOLLINER III. §. 3–62, 79, 80, tenże w *Ztschr. f. oest. Rg.* 1827 II. str. 1 n., 1828 I. str. 51 n.; PACHMANN *Die Gründe der nichteinverst. Scheidung* w *Oest. Viertlj.* VII. (1861) str. 1 n.; RITTNER §. 44; KRAINZ II. §. 432.

I. Z zasady nierozerwalności małżeństwa nie wynika, iżby małżonkowie zawsze ze sobą spólnie żyć mieli. Mogą bowiem nastąpić okoliczności, w pośród których uchylenie spólnego pożycia okazuje się pożądanem a nawet koniecznem. Samowolnemu jednakże, czy to jednostronnie, czy też nawet za zgodą stron obydwóch dokonanemu zerwaniu spólnego pożycia ustawa odbiera moc obowiązującą o tyle, że mimo to pozostawia każdemu małżonkowi prawo żądania przywrócenia tejże spólności, a odbiera prawo to tylko wówczas, jeśli zniesienie spólności nastąpiło na mocy orzeczenia sądowego (§. 93 u. c.).

Orzeczenie takie nastąpić może albo:

1) na żądanie i za zgodą obydwojga małżonków (dobrowolny, zgodny rozdział od stołu i łoża, §. 103—106 u. c.), albo

2) na żądanie jednego z małżonków (rozdział bez porozumienia, §. 107—110 u. c.)[1]).

---

[1]) Pat. józ. z r. 1783 dozwalał tylko separacyi dobrowolnej, za zgodą obydwojga małżonków. Cesarz Józef II pragnął bowiem usunąć możność gorszących między małżonkami procesów. Kod. józ. znał nawet przymus małżonków do spólnego pożycia (§. 41: *sind die ...eigenmächtig getrennten Eheleute zur häuslichen Gemeinschaft anzuhalten*). Uchylenie procesu separacyjnego rychło okazało się niepraktycznem, skutkiem czego pat. z 13 paździer. 1786 L. 583 zb. u. s. postanowiono, że gdyby jeden z małżonków ze złośliwości nie chciał się zgodzić na separacyę, sąd ma orzec. Jakkolwiek publikowany 1 listopada 1786 kod. józ. o niezgodnej separacyi nie zawierał przepisu, nastąpiło pouczenie trybunałów apel., że dekr.

1) Rozdział od stołu i łoża za porozumieniem się małżonków (separacya dobrowolna).

Jeżeli małżonkowie zgadzają się na rozdział od stołu i łoża, sąd, nie wchodząc w przyczyny tego kroku, musi na taki rozdział pozwolić (§. 103 u. c.). Pozwolenie to zależy jednakże od dopełnienia pewnych w ustawie oznaczonych warunków, a mianowicie poprzedzić je musi bliżej w ustawach unormowane usiłowanie zgody. Podług obecnego stanu ustawodawstwa usiłowanie takie może nastąpić w dwojaki sposób w miarę tego, czy małżonkowie chcą się mu poddać za pośrednictwem duszpasterza, czyli też bez takiego pośrednictwa. W szczególności w pierwszym przypadku:

a) małżonkowie winni objawić swój zamiar duszpasterzowi swego wyznania, objaśniając mu powody tego zamiaru. Obowiązkiem tegoż jest przypomnieć im uroczyste przyrzeczenie, dane sobie wzajemnie przy zaślubinach, i z naciskiem przedstawić szkodliwe skutki rozdziału. Przedstawienia te powtórzone być muszą trzykrotnie w różnym czasie. Jeśli pozostaną bez skutku, duszpasterz musi wystawić świadectwo na piśmie, stwierdzające, że pozostawają mimo trzechkrotnych upomnień przy żądaniu rozdziału (§. 104 u. c.). Wówczas wnoszą małżonkowie przy dołożeniu tego świadectwa do właściwego sądu prośbę o rozdział. Sąd wzywa ich do osobistego stawienia się, a gdy w obec niego stwierdzą, że są w zgodzie tak co do rozdziału, jakoteż co do warunków, ze względu na stosunki majątkowe, jak i na utrzymanie, dozwoli rozdziału bez dalszego badania [2]) i zawiadomi o separacyi organ, któ-

---

z 13 paźdz. 1786 nadal obowiązuje (dekr. nadw. z 27 kwietnia 1787 L. 670, 9 maja 1788 L. 824, 8 lutego 1790 L 1100 zb. u. s.), a istotna treść jego dostała się też do kod. gal. (§. 107 I).

[2]) Tak ZEILLER I. str. 278, DOLLINER w *Ztsch. f. oest. R* 1828 I. str. 121 n., *Erl.* II. str 34 n., NIPPEL II. str. 93, WINIWARTER I. §. 127 i KRAINZ (PFAFF) II. §. 370 str. 369 i uw. 2. Przeciwnie twierdzi RITTNER str. 327 i uw. 8, że porozumienie się małżonków co do stosunków majątkowych musi być sędziemu przedstawione, aby tenże się przekonał, czy ono rzeczywiście istnieje, inaczej zdaniem tegoż autora

remu prowadzenie metryk jest poruczone (rozp. min. sprawiedl. z 2 listopada 1893 L. 28 dz. rozp. min.). Z urzędu wszakże winien przytem starać się, ażeby prawa dzieci nie były naruszone (§. 105 u. c.)[3]). Małżonek małoletni lub pod kuratelą zostający może wprawdzie przyzwolić na rozdział, do układu jednakże o stosunki majątkowe i ze względu na obowiązek zaopatrzenia dzieci, koniecznem jest pozwolenie prawnego zastępcy i sądu opiekuńczego (§. 106 u. c.).

b) W przypadku, jeśli małżonkowie nie chcą przy usiłowaniu zgody poddać się pośrednictwu duszpasterza, wolno im — bez przedkładania świadectwa tegoż o bezskutecznem usiłowaniu zgody — udać się wprost do sądu z żądaniem rozdziału[4]). W takim razie właściwy sąd winien podjąć z urzędu te usiłowania po trzykroć w przerwach czasu ośmiodniowych (ust. z 31 grudnia 1868 L. 3 dz. u. p. z r. 1869), a gdyby były bezskuteczne, sąd, po stwierdzeniu tego rezultatu w protokole (§. 3 rozp. pow. ust.), postąpi dalej jak wyżej pod *a*). Ten sposób postępowania jest obowiązującym przy rozdziale małżeństwa osób, nie należących do żadnego prawnie uznanego wyznania (ust. z 9 kwietnia 1870. L. 51 dz. u. p.).

---

byłoby to postanowienie ustawy pozbawione wszelkiej donioszłości praktycznej. Lecz jakąż doniosłość miałoby wykazywanie takiej zgody sędziemu, skoro nie wolno mu badać jej, czy jest prawdziwa i skoro nie może zniewolić małżonków, ażeby prawdę wyjawili, — ani też prawa ani obowiązku nie ma wpływania na treść tegoż porozumienia? Dosłowne brzmienie ustawy zresztą zostaje w sprzeczności ze zdaniem RITTNERA, a to tem bardziej, jeżeli porównamy ustęp ostatni §. 105, który nakłada na sąd obowiązek badania, czy prawa dzieci małoletnich są zabezpieczone, i ustęp poprzedni, który co do stosunków majątkowych samych małżonków, podobnie jak i co do przyczyn rozdziału, wprost zabrania sędziemu bliższego badania. Por. OFNER II. str. 151 n.

[3]) Co do praw dzieci nie wystarczy oświadczenie małżonków; sąd winien badać, czy interes dzieci jest należycie zapewniony. Por. orz. 13606. HUSSAREK *Familienr. Aliment.* str. 106 n.

[4]) Por. L. *Bemerkungen z. Ges. v. 31. Dezbr. 1868* w *Ger. Ztg.* 1878 Nr. 57.

2) Rozdział od stołu i łoża bez porozumienia się małżonków.

Jeżeli małżonkowie nie są w zgodzie co do separacyi, dozwolenie jej na żądanie jednego z nich nastąpić może jedynie z przyczyn prawnych (§. 107 u. c.), które podane są w ustawie (§. 109 u. c.)[5]. Także i w tym przypadku postępowanie sądowe poprzedzić muszą usiłowania zgody, podjęte przez duszpasterza lub — podług wyboru strony (ust. z 31 grudnia 1868. L. 3 dz. u. p. z r. 1869) — przez sąd, poczem dopiero rozpocząć się może proces[6], w którym sędzia z urzędu dochodzić winien, czy i o ile przyczyny rozdziału, podane przez małżonka, są prawdziwe[7], i według tego wydać orzeczenie, którem albo dozwoli, albo odmówi rozdziału (§. 107 u. c.), a w przypadku dozwolenia zarazem orzeknie, czy i który z małżonków ponosi winę (§. 12 d. n. z 23 sierp. 1819. L. 1595 zb. u. s., §. 6 cyt. rozp.). O zapadłym wyroku prawomocnym powinny sądy z urzędu zawiadamiać organy, którym poruczone są metryki zaślubin (rozp. min. spraw. z 2 listopada 1893. L. 28 dz. rozp. min. sprawiedl.). Już podczas postępowania sądowego sędzia, w razie wykazanej potrzeby lub zgody drugiego małżonka, dozwolić może narażonemu małżonkowi odrębnego mieszkania (§. 107 u. c. — §. 382 ust. 8 ord. egz.), a gdyby narażoną była małżonka, oznaczy na jej żądanie tymczasowo wysokość kwoty, którą mąż jej płacić winien na utrzymanie aż do zakończenia procesu o separacyę.

---

[5]) Proces ma być w takich warunkach prowadzony podług ogólnych prawideł procesowych, z modyfikacyami w d. n. z 23 sierp. 1819 L. 1595 zb. u. s. i rozp. z 9 grudnia 1897 L. 283 dz. u. p. zawartemi. Por. GARFEIN O stosunku nowej procedury do dekr. nadw. z 23 sierpnia 1819 w Przegl. prawa i adm. 1897 Cz. rozpr. str. 311 n., 376 n. (Rozpr. ta pojawiła się przed publikacyą rozp. z 9 grudnia 1897 L. 283 dz. u. p.). O wpływie nowych ustaw proc. na obowiązek upomnień do zgody ob. TILSCH l. c. str. 10.

[6]) Podanie małżonka uważa się za skargę (§. 2 rozp.).

[7]) Nie wolno w szczególności sądowi wychodzić po za powody rozdziału przez strony podane (§. 6 rozp.). Postępowanie należy do nauki proc. cyw.

Inne majątkowe stosunki winien sędzia starać się załatwić drogą ugody, a gdyby starania te były bezskuteczne, odesłać małżonków na drogę zwyczajnego procesu (§. 108, 117 u. c.).

Jako przyczyny usprawiedliwiające dozwolenie rozdziału wbrew woli drugiego małżonka, podaje ustawa:

a) jeśli pozwany małżonek został przez sąd karny uznany winnym cudzołostwa [8]) lub też jakiej zbrodni [9]);

b) jeśli skarżącego małżonka opuścił złośliwie, a więc w świadomości tego, iż opuszczenie to było bezprawnem [10]); jeśli żona wzbrania się dzielić mieszkanie z mężem, lub jeśli mąż żonę z domu wypędza, albo wzbrania się przyjąć ją do mieszkania [11]);

---

[8]) O tej przyczynie separacyi ob. PACHMANN l. c. str. 2 n. „Uznać winnym" cudzołostwa może tylko sąd karny (§. 502 u. k.); koniecznem więc jest w tym celu orzeczenie tegoż sądu. Gdy ustawą mówi wyraźnie „jeśli małżonek zostanie uznany winnym". nie zaś „gdy się małżonek dopuści cudzołostwa", nie wystarczy dowód cudzołostwa przeprowadzony przed sądem cywilnym. Przeciwnie dawniejsi autorowie i RITTNER str. 331, tudzież praktyka, por. orz. 2101, 4337, 10283, 14136. W obec dosłownego brzmienia ustawy, która uznanie winy cudzołostwa łączy w jednem zdaniu z uznaniem winy zbrodni, praktykę przeciwną, choć rozpowszechnioną, uważać muszę za praktykę *contra legem*. Por. WIERER *Ehebruch als Scheidungsgrund* w *Jur. Bl.* 1892 Nr. 13, przeciwnie SCHWARTZ *Ueber den Beweis d. Ehebr. in Scheidungs- u. Trennungsproces.* w *Ger. Halle* z r. 1893 Nr. 44. Prawo żądania separacyi z powodu cudzołostwa nie gaśnie przez to, że żądający także dopuścił się tegoż przestępstwa lub inny dał powód do separacyi. Słusznie zauważa RITTNER, że przeciwne zdanie polega na niedopuszczalnem zastosowaniu pojęcia kompensacyi winy. Por. także PACHMANN l. c. str. 11.

[9]) Nie czyni różnicy, czy małżonek został uznany winnym dokonanej zbrodni, czyli też tylko usiłowania (arg. z §. 8 u. k).

[10]) Orz. z 7 lutego 1893 L. 1234 przytoczone u BARTSCHA *Verf. in Ehes.* str. 58 uw. 2. — Orz. 15229 przyjmuje takie opuszczenie także i w tym razie, jeśli mąż nie postarawszy się o zaopatrzenie żony, przez kilka lat niewiadomego jest pobytu.

[11]) Orz. 7221.

c) jeśli wiedzie życie nieporządne, a przez to trwoni znaczną część majątku skarżącego małżonka, albo naraża na szwank dobre obyczaje rodziny [12]);

d) jeśli dopuszcza się niebezpiecznego nastawania na życie lub zdrowie drugiego małżonka [13]), albo też ciężkiego znęcania się nad osobą jego [14]);

e) jeśli dopuszcza się częstszych udręczeń, ze względu na stosunek osób bardzo dotkliwych, a więc znieważeń słownych, kompromituje drugiego w obec innych osób, daje powód do zazdrości i t. p. [15]).

W końcu wymienia ustawa jako przyczynę rozdziału

f) trwałe ułomności cielesne, połączone z niebezpieczeństwem zarażenia [16]).

---

[12]) Namiętne karciarstwo i gra na giełdzie mogą być przyczyną separacyi. Ob. orz. 6855. Ob. jednakże także orz. 10730.

[13]) Wymagany jest więc zły zamiar.

[14]) „*Schwere Misshandlungen*". Przekładów polskich przez „pokrzywdzenie na ciele" (tekst urzęd., KASP. ZAT., CZEMERYŃSKI lub „cielesne" (LIPIŃSKI), „urazy" (WACYK) nie uważam za trafne. DOLLINER III. str. 84 żąda, aby takie znęcanie się było kilkakrotne, n. p. jedno uderzenie w twarz uważa za niewystarczające i żąda przynajmniej (nie do uwierzenia!) dwukrotnego uderzenia w twarz albo jednego uderzenia w twarz i szturchańca w bok (!) Przeciwnie uznaje orzeczenie 14094 choćby jedno uderzenie lub znęcanie się za dostateczny powód separacyi. Por. PACHMANN l. c. str. 56. Słusznie RITTNER str. 329 uw. 11 nadmienia, że rozstrzygają tu towarzyszące okoliczności, tak iż ocenieniu sędziego pozostawione być musi, czy znęcanie się doszło do tego stopnia, żeby stanowiło powód rozdziału. Rozumie się, że ciężkie znęcanie się nie koniecznie mieć musi znamiona czynu karygodnego według ust. karn. Orz. 4432, 14094

[15]) Tysiączne w stosunku małżeńskim możliwe udręczenia nie dadzą się oczywiście wyszczególnić. Sędzia ocenić musi podług stanu, stopnia wykształcenia, indywidualnego usposobienia i innych okoliczności kwestyę, czy i o ile one są dotkliwemi. Por. PACHMANN l. c. str. 28.

[16]) Wyraz „*Leibesgebrechen*" oznacza oczywiście choroby ciała. Nie było jednak zamiarem prawodawców każdą zaraźliwą i trwałą chorobę uznać za powód do separacyi. Pierwotnie był zwrot: *anhaltende, Abscheu erweckende oder an-*

Przyczyny te nie są wyczerpująco wymienione, co już stylizacya §. 109 u. c. (w porównaniu do stylizacyi §. 108 I. kod. gal.) wskazuje [17]). Rozumie się, że przyczyny inne, w ustawie wyraźnie nie wymienione, powinny być równej wagi (§. 107 u. c., *rechtmässige Gründe*) [18]).

II. Skutkiem dozwolonego rozdziału od stołu i łoża jest zniesienie spólnego pożycia małżonków, a zatem wszystkich tych następstw małżeństwa, które ze spólności pożycia wyni-

---

steckende Leibesgebrechen (OFNER I. str. 133). Przy 2. odcz. PRATOBEVĘRA podniósł, że o ile takie choroby są skutkiem nierządu, nie potrzeba ich osobno wymieniać, bo są zawarte w innych podanych przyczynach. Gdyby jednak miano na myśli także choroby z nieszczęścia powstałe, to byłoby niesprawiedliwem, iżby małżonek niemi dotknięty i tak pożałowania godny, mógł być przez drugiego porzucony, gdy przeciwnie miałby wszelkie prawo żądać pielęgnowania i pocieszenia. Skutkiem tych uwag stylizowano na wniosek AICHENA ustęp ten jak w ustawie. Widocznem jest jednak, że ta stylizacya w niczem nie poprawiła tego zwrotu. Nie mniej jest pewnem, że byłoby sprzecznem z zamiarem prawodawcy, gdyby n. p. żona z powodu, że mąż popadł w tuberkulozę, zażądała separacyi zamiast go pielęgnować i doglądać. Prawodawcy mieli na myśli szczególnie choroby weneryczne albo takie, które wywołują obrzydzenie i wstręt, a tylko przyzwoicie chcieli się wyrazić.

[17]) Ze stylizacyi §. 108 I. k. g. wynika, że wówczas wyliczenie przyczyn rozdziału było wyczerpujące: *Die Scheidung... muss in folgenden Fällen gestattet werden: Erstens... zweitens* i t. d. Stylizacya §. 109 u. c. jest zupełnie odmienna: *Wichtige Gründe... sind wenn der Geklagte...* i t. d., z czego wynika, że przytoczone tam przyczyny są wprawdzie ważnemi, co jednak nie wyklucza, aby nie mogły istnieć i inne przyczyny równie ważne. Tak też praktyka sąd. Por. orz. 2105, 5366 i t. d. Tego zdania też PACHMANN l. c str. 17, RITTNER str. 329, ANDERS str. 77. I tak por. orz. 2105 (epilepsya) orz. 5366 (wybryki płciowe), 4077 (namiętna gra w karty i na giełdzie), por. jednak orz. 10730 (kradzież pieniędzy żony, §. 525 u. k.), 6855 (sprowadzenie ruiny majątkowej przez porzucenie przemysłu), 11738 (impotencya, odmówienie powinności małż.). Por. *Zu §. 109 b. g. B.* w *Jur. Bl.* 1887 Nr. 46 i orz. 7031. Przeciwnego zdania KRAINZ (PFAFF) §. 432 przy uw. 4 bez motywów.

[18]) RITTNER str. 329.

kają. Ustaje więc władza mężowska nad żoną, w szczególności małoletnia żona powraca także co do swej osoby pod opiekę ojca lub opiekuna (anal. z §. 175 u. c.)[19]), ustaje też obowiązek żony powrotu do mieszkania męża (*Ehefolge*), a także prawo, aby ją mąż przyjął do swego mieszkania, obowiązek posłuszeństwa i pomocy w gospodarstwie domowem, dla obydwóch stron powinność małżeńska, żona otrzymuje osobne mieszkanie, a tem samem podlegać może odrębnej od męża jurysdykcyi (§. 78 normy jur. z r. 1895), ma odrębną przynależność (§. 11 ust. o przynal.) i nie ma prawa żądać od męża, aby ją we wszelkich przypadłościach życia zastępował[20]).

Mimo dozwolonego rozdziału od stołu i łoża, związek małżeński istnieje nadal nienaruszony. Pozostaje w szczególności obowiązek wierności małżeńskiej[21]). Obowiązek zaś męża utrzymywania żony gaśnie tylko wówczas bezwarunkowo, jeśli wyrokiem orzeczono separacyę wyłącznie z jej winy[22]); jeśli zaś orzeczono ją z winy obopólnej, zależy od uznania sędziego, czy w obec zachodzących stosunków i względów słuszności, nie należy wyjątkowo przyznać żonie przyzwoitego utrzymania (d. n. z 4 maja 1841. L. 531 zb. u. s.)[23]).

Mężowi, chociaż jest bezwinnym, nigdy prawo do alimentacyi nie służy od żony, chyba, gdyby odmienna ugoda między małżonkami stanęła. Obowiązku takiego (jaki z mocy §. 91 u. c. ciąży na mężu) nigdy ustawa na żonę nie nakłada[24]).

---

[19]) Przewidziane jest to wyraźnie tylko na przypadek śmierci męża. STUBENRAUCH (do §. 175 u. c.).

[20]) O prawie zastępstwa w sprawach majątkowych będzie poniżej mowa w pr. maj. małż.

[21]) Przekroczenie tego obowiązku stanowi tak samo przestępstwo cudzołostwa, jak gdyby małżonkowie nie byli separowani. Por. HERBST *Strafr.* II. str. 240.

[22]) Niektórzy jak DOLLINER III. str. 151 utrzymują, że w każdym razie należy się żonie co najmniej *der nothdürftige Unterhalt.* Przeciw temu ob. RITTNER str. 334 uw. 28 i orz. 1910, 2646, 3860, 6715.

[23]) Orz. 2397, 2606.

[24]) Orz. 9607. — Por. HUSSAREK *Familienr. Alimentation* w Grünh. XX. str. 527 n. przeciw autorom w uw. 21 tamże wymienionym i OFNER I str. 73 n.

III. Rozdzielonym małżonkom wolno się znowu połączyć, winni jednakże o tem donieść „właściwemu“ sądowi. Właściwym zaś jest albo sąd, który orzekł o separacyi, albo sąd powiatowy, w którego okręgu znajduje się spólne mieszkanie małżonków w czasie uskutecznienia doniesienia (§. 114 normy jur. z r. 1895). Doniesienie takie ma skutek, że orzeczenie separacyjne upada z wszelkiemi swemi następstwami [25]. Gdyby bowiem małżonkowie po takiem doniesieniu chcieli się znowu rozłączyć, mają dopełnić tych samych warunków, jak przy pierwszym rozdziale (§. 110 u. c.).

---

[25]) Por. orz. 4399, 4882, 5560. Przeciwne orz. z 28 sierp. 1895 (dz. rozp. min. sprawiedl. z r. 1895 Nr. 1193) uważam za wprost sprzeczne z ustawą. *Arg. a contr.* z drugiego ust. §. 110 u. c. Jeśli bowiem małżonkowie tylko po takiem doniesieniu są obowiązani żądać ponownej separacyi, to wynika stąd, że bez takiego doniesienia pierwsza separacya nie traci skutku, a więc ponowne rozłączenie się nastąpić może dowolnie. Por. HARUM w HAIM. *Viertlj.* IV. str. 64 n. i orz. 5560. Inaczej NEUMANN-ETTENREICH *Welche Folgen sind an die Unlerlassung der... Anzeige... geknüpft* w *Ger. Ztg.* z r. 1895 Nr. 20 i orz. z 26 stycznia 1897 L. 599 w *Ger. Ztg.* Nr. 13 z r. 1897 i z 28 sierp. 1895 L. 9944 dz. rozp. min. spraw. z r. 1895 Nr. 1193. Przeciwnie Zbiór PFAFF-SCHEY N. F. I. orz. 31.

ROZDZIAŁ V.

O rozwiązaniu małżeństwa.

---

§. 441.

Rozwiązanie małżeństwa
A) przez śmierć i uznanie za zmarłego.

DOLLINER IV. §. 190 n.; RITTNER §. 40; BARTSCH *Verf. in Ehes.* str. 136 n.; KRAINZ-PFAFF II. §. 431.

I. Każde małżeństwo rozwiązuje się przez śmierć jednego z małżonków. Śmierć jest też jedyną przyczyną rozwiązania małżeństwa katolickiego (§. 111 u. c.)[1]).

Jak to już wyżej (I. §. 53) nadmieniono, dowód śmierci z reguły przeprowadzony bywa za pomocą dokumentów publicznych, t. j. wystawionych w przepisanej formie przez władzę publiczną w zakresie jej urzędowych upoważnień, lub też przez osobę uposażoną publicznem zaufaniem (*Urkundsperson*) w zakresie zleconych jej czynności (§. 292 proc. cyw. z r. 1895). Takimi dokumentami są w szczególności wyciągi z metryk śmierci (d. n. z 15 stycznia 1787. L. 621 zb. u. s., ogł. min. stanu z 23 stycznia 1866. L. 15 dz. u. p. §. 23, ust. z 10 lipca 1868. L. 12 dz. u. p. z r. 1869, art. I.; rozp. min. z 8 listopada 1877. L. 100 dz. u. p., §. 1 i 2; ust. z 8 kwietnia

---

[1]) O ile wyznanie katolickie jednego z małżonków wpływa na nierozwiązalność małżeństw mięszanych, o tem będzie mowa później.

1870. L. 51 dz. u. p.), świadectwa wykonania kary śmierci, urzędowe wykazy poległych w wojnie i t. p.

Gdyby dowód śmierci nieobecnego takimi dokumentami nie dał się przeprowadzić, może być sądownie przeprowadzony w sposób przepisany §. 10 ustawy z 16 lutego 1883 L. 20 dz. u. p., w którym to przypadku prawomocne orzeczenie sądowe, stwierdzające, iż dowód śmierci został przeprowadzony, zastępuje wymienione poprzednio dokumenty. W orzeczeniu takiem sąd poda dzień, który jako dzień śmierci stwierdzony został, a względnie, o którym się przekonano, że go nieobecny nie przeżył, a który w tymże ostatnim przypadku jako dzień śmierci ma uchodzić.

II. Gdyby dowód śmierci małżonka przeprowadzić się nie dał, a zachodziły warunki, w pośród których podług §. 24 u. c. nieobecny mógłby być uznany za zmarłego, a nadto nieobecności tej towarzyszyły okoliczności, które nie pozostawiają wątpliwości, iż nieobecny umarł, — pozostały małżonek może od właściwego sądu zażądać orzeczenia, że nieobecny ma być poczytany za zmarłego, a małżeństwo za rozwiązane (§. 112 u. c., §. 9 ust. z 16 lutego 1883. L. 20 dz. u. p.). Jeśli ogłoszenie za zmarłego już poprzednio nastąpiło, małżonek pozostały może także i później żądać uznania małżeństwa za rozwiązane. Postępowanie w przypadkach takiego żądania różni się od zwyczajnego (§. 1—8 cyt. ust.) głównie tem, iż ustanowiony być winien obrońca małżeństwa, którego obowiązki schodzą się co do istoty z obowiązkami kuratora nieobecnego małżonka i który przeciw orzeczeniom niższych instancyi odwoływać się musi aż do najwyższej (§. 9 cyt. ust.) [2]).

---

[2]) Ustawą z 16 lutego 1883 L. 20 dz. u. p. zmienione zostało oparte poprzednio na §. 113 i 114 u. c. postępowanie tak co do ogłoszenia za zmarłego w ogóle, jak i co do ogłoszenia za zmarłego w celu uznania małżeństwa za rozwiązane. Bliższe szczegóły należą do nauki o postępowaniu w sprawach niespornych, podług którego zasad ogłoszenie za zmarłego obecnie następuje (§. 2 cyt. ust.). Ob. materyały powyż. ustawy w KASERERA: *Oest. Ges. m. Mater.* zesz. 34 (1883), BARTSCH l. c. — O historyi instytucyi ogłoszenia za zmarłego w ogóle ob. literat. cyt. wyżej I. §. 33. Od czasu ogłoszenia kod. cyw.

Ogłoszenie za zmarłego i za tem idące uznanie małżeństwa za rozwiązane, nie wykluczają dowodu, że nieobecny wcześniej, albo później zmarł, aniżeli to w orzeczeniu jest

---

z r. 1811 interpretowano przepisy §. 112—114 u. c. w związku z §. 24 i 277 i 278 u. c. w ten sposób, że za przewodem DOLLINERA odróżniano zwyczajne ogłoszenie za zmarłego, które wystarczyło do otwarcia spadku po nieobecnym, i u r o c z y s t e, które potrzebne było do uznania małżeństwa za rozwiązane, i utrzymywano, że to ostatnie zależało od trudniejszych warunków. Ogłoszone materyały ust. cyw. wykazały, że zamiarem prawodawców było pierwotnie nie tylko nie utrudniać ogłoszenia za zmarłego w przypadkach małżeństwa, lecz owszem skrócić czas przepisany w §. 24. Na to zwrócił uwagę już PFAFF *Ueb. d. Mat.* w Grünh. II. (1875) str. 309. Kom. rew. uważała odnośnie do ówczesnych §. 45—47 I. kod. gal. (§. 24 u. c.), że czas tam przepisany, który dla spadków lub przyznania własności może być odpowiednim, nie znosi zastosowania do małżeństwa, przy którem dobrodziejstwo, jakie prawodawca przysporzyć zamierzał pozostałemu małżonkowi, zostaje udaremnione. *Denn was könne es dem Weibe eines 80-jährigen Mannes nützen, wenn dasselbe erst nach 10 Jahren einen Mann nehmen kann? oder einem andern Weibe, oder Manne... wenn sie sich durch 30 Jahre lang bis zu einem Alter hingehalten sehen, wo sie von der Wohlthat des Gesetzes kann mehr Gebrauch zu machen versuchet oder geeignet sein werden.* Stosownie do tego proponowała kom. rew. o wiele krótsze termina. Wówczas jednak nie uchwalono nic, ponieważ referent nadmienił, że kwestya ta jest w toku skutkiem zapytania galic. kancelaryi nadw., a sprawozdanie cesarzowi dane jeszcze nie jest załatwione (OFNER I. str. 126 n.). Kwestya ta powróciła przy obradach nad pat. małż. dla Salzburga (OFNER II. str. 337 w uw.). Pat. ten w § 62 mówi jedynie o „dłuższym czasie“ nieobecności (*eine längere Zeitfrist*), gdyż w chwili, gdy był wydany, nie było jeszcze pewnego czasu ustawą unormowanego dla ogłoszenia kogoś za zmarłego (kod. gal. §. 45—47 obowiązywał tylko w Galicyi) W tym stanie rzeczy koniecznem było nadać temu „dłuższemu czasowi“ jakieś szczególniejsze kwalifikacye, dodano więc ustęp wskazujący, że nieobecności tej powinny towarzyszyć okoliczności, które nie pozostawiają wątpliwości, że nieobecny zmarł. Przy układaniu kod. cyw. autorowie powinni się byli liczyć z tem, że długość czasu ustawodawczo będzie unormowaną, i opuścić ustęp ten dodatkowy, który stał się tem samem zbytecznym. To się jednak nie stało. W ostatecznej stylizacyi bowiem odwołano się do czasu unormowanego

stwierdzonem, a nawet, że dotąd żyje (§. 278 u. c., §. 8 ust. z r. 1883), nie powoduje więc tego, iżby nowe przez pozostałego małżonka zawarte małżeństwo było koniecznie ważnem. Staje się ono jedynie tylko dozwolonem. Czy zaś będzie ważnem, zależy od rezultatu dowodu, przeciwnego domniemaniu śmierci. Gdyby się więc okazało, że nowe małżeństwo zawarte było w czasie, gdy pierwszy małżonek żył, będzie ono nieważnem (*impedimentum ligaminis*. §. 62 u. c.) [3]).

Nieważność ta z urzędu musiałaby być dochodzoną.

---

w §. 24 u. c., a mimo to ustęp dodatkowy zatrzymano, który to błąd redakcyjny miał ten skutek, iż praktyka w przypadku rozwiązania małżeństwa nie kontentowała się zwyczajnem ogłoszeniem za zmarłego, lecz wymagała jeszcze drugiego postępowania, w ciągu którego sędzia miał badać, czy rzeczywiście zachodziły okoliczności wskazujące, że nieobecny już nie żyje. Widocznie praktyka ta nie odpowiadała zamiarowi prawodawcy, lecz odpowiadała mylnie stylizowanej ustawie. Słusznie jednak UNGER I. str. 240 uw. 22, RITTNER str. 295 i uw. 8, występują przeciw temu, iżby koniecznie jakieś nowe, w poprzedniem ogloszeniu nieużyte okoliczności musiały zajść, aby małżeństwo uznać można za rozwiązane (DOLLINER IV. str. 27). Tego ustawa nie wymagała. Od czasu wydania ustawy z 16 lutego 1883 rzecz zyskała na jasności. Materyalno-prawnych zmian ustawa ta nie przyniosła, §. 112 u. c. nie został ruszony, chociaż się tego w ciągu dyskusyi domagano (ob. KASERER l. c.), lecz §. 113 i 114 u. c., zawierające przepisy formalne, uchylone zostały, postępowanie stało się krótszem i jaśniejszem, co za znaczny postęp uważać należy. Słabe strony nowej ustawy pod względem skutków jej na małżeństwo wykazał trafnie JAQUES (ob. KASERER str. 78).

[3]) Z drugiej strony byłoby ważnem, gdyby się okazało, że małżonek pierwszy w czasie jego zawarcia już nie żył, chociażby nie było nastąpiło ogłoszenie jego za zmarłego.

§. 442.

Rozwiązanie małżeństwa
B) przez rozwód.

DOLLINER IV. §. 237—295; RITTNER §. 45, 46; ANDERS *Fam.* §. 20, *Grundr.* §. 23; KRAINZ §. 431.

I. Zasadę nierozerwalności małżeństwa za życia obojga małżonków przeprowadziła ustawa cywilna w całej pełni tylko względem wyznawców wiary katolickiej. Z drugiej strony jednakże nie ograniczyła jej do małżonków i małżeństw czysto katolickich, t. j. takich, w których małżonkowie w czasie zawarcia małżeństwa byli wyznawcami wiary katolickiej, lecz rozszerzyła ją także do małżeństw mięszanych między osobą wiary katolickiej i osobą niekatolickiego wyznania.

W szczególności bezwarunkowo nierozwiązalnem jest małżeństwo:

a) jeśli w czasie jego zawarcia chociażby tylko jeden małżonek był wyznania katolickiego (§. 111 u. c., ust. 2-gi); podobnie

b) jeśli oboje małżonkowie, w czasie zawarcia małżeństwa niekatolicy, przejdą w czasie trwania małżeństwa na wiarę katolicką, chociażby w czasie żądania rozwodu znowu byli niekatolikami [1]), gdyż wówczas małżeństwo, chociażby tylko

---

[1]) Ta ostatnia kwestya jest sporną. Jak w tekście DOLLINER IV. str. 205 i GELLER w *Centr. Bl.* XIV. str. 1048 uw. 19 — przeciwnie PACHMANN II. str. 266 uw. 5 i RITTNER str. 344 utrzymują, że zmiany wyznania w ciągu małżeństwa dokonane nie mają żadnego wpływu, że owszem rozstrzyga tylko chwila zawarcia i chwila żądania rozwodu. Materyały wskazują jednak słuszność zdania DOLLINERA i GELLERA. W pierwszym odczycie mowa była skutkiem monitum apel. tryb. czeskiego o tej kwestyi. Wówczas ref. zauważył, że jeśli dwoje katolickich małżonków zmienia religię, to podług zasad *der geduldeten Religion* powinien być rozwód dozwolony, lecz to mogłoby spowodować porzucenie religii katolickiej i dlatego musi być takie małżeństwo uznane za nierozwiązalne (OFNER I str. 124 §. 102). Ten sam po-

krótki czas, było czysto katolickiem (§. 111 u. c. ust. 1). Przejście jednego małżonka na wiarę katolicką w ciągu małżeństwa nie odbiera drugiemu, który pozostał niekatolikiem, możności żądania rozwodu (§. 116 u. c.).

Po za tymi przypadkami małżeństwa niekatolików lub też mięszane są rozwiązalne, z tem ograniczeniem, że małżeństwo takie tylko na żądanie niekatolika rozwiązanem być może, dalej, że małżonek katolik, którego małżeństwo z niekatolikiem zostało rozwiązane, innego małżeństwa za życia drugiego małżonka wcale zawrzeć nie może, a małżonek niekatolik za życia drugiego tylko z osobą niekatolickiego wyznania małżeństwo zawrzeć może (przeszkoda katolicyzmu, d. n. z 4 sierpnia 1814, ob. wyżej §. 419).

II. Przyczyny, z których rozwód — gdzie w ogóle jest dopuszczalnym — dozwolony być może, są następujące:

1) Cudzołostwo, którego dopuścił się jeden z małżonków. Podobnie jak przy separacyi, cudzołostwo powinno być sądownie udowodnione [2]);

---

wód, a może w wyższym jeszcze stopniu, przemawia za nierozwiązalnością małżeństwa, jeśli oboje małżonkowie są konwertytami, gdyż w przeciwnym razie małżeństwo konwertytów zawsze byłoby rozwiązalne pod warunkiem, że oboje od religii katolickiej odpadną. — Na następnem posiedzeniu jeszcze raz powrócono do tej kwestyi. Większość była zdania, że małżeństwo między niekatolikami zawarte nie jest sakramentem i nie może stać się sakramentem *durch den blossen einseitigen Uebertritt zur katholischen Religion* — czem naruszonoby także prawo drugiej strony, która zawarła małżeństwo nierozwiązalne i byłaby narażoną na to, że zależałoby od dowolności drugiej strony, uczynić je nierozwiązalnem przez przejście na wiarę katolicką. Ten wzgląd na „prawa“ drugiej strony jednak nie zachodzi tam, gdzie obydwie strony przeszły na wiarę katolicką, gdyż powinny wiedzieć, że małżeństwo między katolikami nie może być inaczej rozwiązane jak tylko przez śmierć. Ustawa zresztą przewiduje przypadek, że małżeństwo nie staje się nierozwiązalnem przez to, że jedna strona przeszła na katolicką wiarę (§. 116 u. c.). To wyjątkowe postanowienie również zdaje się wskazywać, że gdyby obydwie przeszły na wiarę katolicką, małżeństwo staje się nierozwiązalnem.

[2]) Jakkolwiek ustawa nie wyraża się tak stanowczo jak przy separacyi (§. 109 u. c. *schuldig erklärt worden ist*, lecz

2) jeśli jeden z małżonków został za zbrodnię ukarany co najmniej pięcioletniem więzieniem [3]);

3) jeśli małżonek drugiego złośliwie opuścił, a gdyby miejsce jego pobytu nie było wiadome, na publiczne sądowe wezwanie w ciągu roku się nie pojawił [4]);

4) jeśli dopuścił się przeciwko drugiemu małżonkowi niebezpiecznego nastawania na życie lub zdrowie, albo też ponawianego ciężkiego znęcania się (udręczeń cielesnych) [5]), w końcu

5) jeśli małżonkowie z powodu nieprzezwyciężonego wstrętu [6])

---

mówi tylko *schuldig gemacht hat*), niema wątpliwości, że wymaga orzeczenia sądu karnego. Por. orz. 4421 i 8536 (*arg. a minore ad majus*) — przeciwnie orz. 2100. Ostatnie orzeczenie opiera się między innemi na przyznaniu, zapominając o tem, że podług d. n z 23 sierpnia 1819 L 1595 zb. u. s. dowód z przyznania jest wyraźnie uznany za niedopuszczalny (§. 99, 115 ust. ost. u. c. i §. 13 cyt. d. n.). Por. także SCHWARTZ *Über den Beweis d. Ehebruches in Scheidungs u. Trennungsprocessen* w *Ger. Halle* 1893 N. 44.

[3]) W kod. gal. (§. 109) tej przyczyny rozwodu nie było. Ref. ZEILLER zaproponował tę przyczynę z uwagi, że już i rozdział od stołu i łoża może być z tej przyczyny dozwolony. Przyjęto ten wniosek z tem ograniczeniem, że tylko cięższe przypadki powinny być przyczyną rozwodu. Długość kary więzienia proponowano rozmaicie: 3, 10 i 5 lat; drogą kompromisu przyjęto pięcioletnie więzienie (OFNER I. str. 129 n.). Wniosek ten utrzymał się, chociaż AICHEN przy ostatecznej stylizacyi, chcąc o ile możności utrudnić rozwody, jeszcze raz się sprzeciwiał (OFNER I. str. 134).

[4]) Por. wyżej §. 440 przy uw. 10 i 11.

[5]) Por. wyżej §. 440 przy uw. 13, 14, 15.

[6]) Kwestya, czy wstręt ma być obustronny — (jak tego wymaga PACHMANN II. str. 414 i STUBENRAUCH wyd. 7 do §. 115 u. c.) wzajemny, czy też wystarcza już jednostronny (jak DOLLINER str. 163, NIPPEL II str. 124, WINIWARTER I. §. 136, ANDERS l. c., orz. 14092, 14459) — nie zdaje mi się być tak obojętną, jak to twierdzi RITTNER str. 348 uw. 1, motywując zdanie swe tem, że chodzi o ocenienie stosunku wzajemnego małżonków do siebie, a nie o jednego lub drugiego małżonka. To prawda, lecz możebnem jest, że jeden z małżonków czuje wstręt do drugiego, który wzajemnie wstrętu nie czuje, lecz się zgadza na rozwód. W tym przypadku, zdaniem mojem, rozwód byłby dopuszczalny. Arg.

rozwodu się domagają [7]). Z tego powodu jednakże nie musi być zaraz dopuszczony rozwód, lecz sąd może zezwolić na-

---

z §. 1266 u. c. (*verba: ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen*) nie decyduje, gdyż najpierw §. ten nie jest *sedes materiae*, a następnie — liczba mnoga „*ihrer*“ usprawiedliwiona jest użyciem liczby mnogiej w słowach „*beider Ehegatten*“. — Tak orz. 14092. Że intencyą prawodawcy nie było, uczynić zawisłym rozwód od obustronnego wstrętu, dowodzą protokoły. Na posiedzeniu z 16 listop. 1809 radca stanu odmienną nieco od poprzedniej stylizacyę motywował tem, aby nie sądzono: *es seien zwei Ursachen: a) die unüberwindliche Abneigung eines oder des anderen Theiles, b) wenn beide Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen.* Z tem się wszyscy zgodzili i poprawkę przyjęto. Por. także orz. 14459.

[7]) Kwestya jest sporną, czy w razie żądania rozwodu z powodu nieprzezwyciężonego wstrętu, ten wstręt ma być udowodniony, czyli też wystarczy, jeśli obydwoje małżonkowie zażądają rozwodu z powodu wstrętu. Stylizacya wskazuje, że pierwsze zapatrywanie jest słusznem, podług niej bowiem, nie zgodna prośba małżonków, lecz nieprzezwyciężony wstręt jest przyczyną rozwodu, drugie zdanie o zgodnej prośbie jest widocznie tylko w tym celu dodane, aby wyrazić, że mimo istnienia owego wstrętu, na żądanie jednej tylko strony rozwód dozwolony być nie może. Tego zdania RITTNER str. 348. Por. orz. 8508, 11793, przeciwnie PFAFF w Grünh. II. str. 310 (powołując się — jednak nieprzekonywająco — na prot. OFNER I. str. 130 i ANDERS l. c. Gdyby podanie zgodne miało wystarczać, a sędzia nie miał prawa zbadać prawdziwości przytoczonej przyczyny, to byłby to rozwód dobrowolny, którego ustawa nie zna, a sędzia nie dopełniłby w takim razie obowiązku badania prawdy z urzędu nałożonego dekr. kanc. nadw. z 22 stycznia 1819. Ob. o tej kwestyi DOLLINER IV. str. 168, NIPPEL str. 122, którzy ograniczają prawo sędziego do badania przyczyny wstrętu zd. m bez podstawy w ustawie. Mylnym jest argument, którym posługują się przeciwnicy, iż wstręt jest uczuciem, którego dochodzić nie można. W tem tylko tyle jest prawdy, że dowód bezpośredni nie jest możebnym (DOLLINER l. c., KIRCHSTETTER do §. 115), lecz pośredni jest możebny, zwłaszcza podług zasad dowodowych nowej procedury. Gdyby zresztą dowód pośredni zestawić się nie dał, sędzia odmówi rozwodu. Por. orz. 8508, 11793. PFAFF w Grünh. II. str. 310 sądzi, że materyały wskazują na zbędność dowodu wstrętu. Tak jednak nie jest. Chodziło przy obradach tylko o to, czy w ogóle dopuścić należy wstręt jako

wet w miarę okoliczności kilkakrotnie na rozdział od stołu i łoża [8]).

W przypadkach rozwodu sędzia winien postępować podług zasad, jakie ustawa podaje dla dochodzenia i ocenienia nieważności małżeństwa (§. 115 u. c.), t. j. podług §. 13—19 d. n. z 23 sierpnia 1819. L. 1595 zb. u. s.).

Przyczyny rozwodu są w §. 115 u. c. podane taksatywnie [9]).

III. Kwestye majątkowe, któreby wyłoniły się przy rozwodzie, w szczególności spory, odnoszące się do umów majątkowych, oddzielenia majątku, utrzymywania dzieci lub innych żądań majątkowych wzajemnych, gdyby nie zostały załatwione ugodą, do której sędzia dążyć ma, traktowane być mają w zwykłem postępowaniu. Tymczasem sąd wyznaczyć winien dla żony i dzieci przyzwoite utrzymanie (§. 117 u. c.).

Ponowne połączenie się rozwiedzionych małżonków jest nowem małżeństwem (§. 118 u. c.. Por. także §. 119 u. c. i dekr. nadw. z 26 sierpnia 1814. L. 1099 i z 17 lipca 1835. L. 61 zb. u. s.).

Rozwód, tak samo jak uznanie nieważności małżeństwa, winien być uwidoczniony w metryce zaślubin; w tym celu wi-

---

przyczynę rozwodu czy nie. Skoro go dopuszczono, nie miano wątpliwości, że udowodniony być musi.

[8]) Czy w tym przypadku mają poprzedzać usiłowania pogodzenia, jest również spornem. Przeciw temu orz. 7934 i RITTNER str. 349, KRAINZ-PFAFF l. c. przy uw. 11, W. w *G. Ztg* z 1872 N. 6, BARTSCH str. 145 n., za tem DOLLINER str. 177 n. Skoro ustawa mówi o separacyi, a nie uwalnia od usiłowania zgody, wszystkie przepisy a zatem i §. 104 i 107 u. c. muszą być zastosowane. Zdanie to ma poparcie także w tendencyi ustawy, aby ile możności rozwodom zapobiegać

[9]) Przeciwnego zdania jedynie HUSSAREK *D. familienr. Alimentation* Grünh. XX, str. 529, bez przytoczenia powodów. Jakkolwiek sama stylizacya §. 115 u. c nie dowodziłaby jeszcze wyczerpującego wyliczenia, to §. 116 u. c. (*verba: ...aus den angeführten Gründen*) usuwa wszelką pod tym względem wątpliwość. W obec zasady nierozerwalności małżeństwa nie można się dziwić różnicy, jaka istnieje w traktowaniu przyczyn rozwodu (§. 115 u. c.) a przyczyn separacyi (§. 109 u. c.). Por. wyżej §. 439 uw. 15.

nien sąd, który wydał orzeczenie, zawiadomić o rozwodzie władzę, która ma się troszczyć o dokładność tejże księgi (122 u. c.).

IV. Podług przepisów, zawartych w ustawie dla niekatolików, ma być ocenianą też kwestya rozwiązania małżeństwa osób, nie należących do żadnego prawnie uznanego kościoła lub stowarzyszenia religijnego, czyli t. zw. (niewłaściwie) bezwyznaniowych (§. 2 ust. z 9 kwietnia 1870. L. 51 dz. u. p. [10]).

---

[10]) Praktyka sądowa stosuje ten przepis nietylko w przypadku, jeśli obydwoje małżonkowie są „bezwyznaniowymi", lecz rozszerza go także i na te przypadki, w których osoba „bezwyznaniowa" połączona jest węzłem małżeńskim z osobą należącą do wyznania prawnie uznanego. (Orz. 7589, 7934, 8292, 8536 i 10272). Rozstrzygnienie to jest też zgodne z duchem ustawy, która uważa za małżeństwo żydowskie (*Judenehe*) tylko zawarte podług specyalnych dla żydów wydanych przepisów.

ROZDZIAŁ VI.

O wyjątkach ze względu na małżeństwa izraelickie[1]).

§. 443.

A) Ze względu na przeszkody małżeńskie, zapowiedź i zaślubiny.

PRATOBEVERA *Ueb. Ehescheidungen zw. jüd. Ehegatten* w *Mater.* III. str. 226; GRASSL *Das besondere Eherecht der Juden nach den §. 123—136 des allg. b. G. B.* 1838; WESSELY *Ein Wort zur Reform d. bisher in Oest. geltenden jüd. Eherechtes* w HAIM. *Mag.* VI. str. 103 n., 230 n., 437 n.; RITTNER *Eher.* str. 26 n., 85, 111, 220, 223 n., 228, 302, 344, 352.; DUSCHAK *Das mosaisch talmud. Eherecht mit bes. Rücksicht auf die bürg. Gesetze* 1864; GELLER Wymogi ważnego małżeństwa między starozakonnymi. Prawnik 1872 N. 52.

Obok przepisów, obowiązujących wszystkie wyznania (§. 44—122 u. c.), ustawa mieści w sobie pod napisem: „wyjątki dla żydów“ (*Ausnahmen für die Judenschaft*) [1]), przepisy wyjątkowe (§. 124—136 u. c.), ze względu na przeszkody mał-

---

[1]) Dawniej w przepisach ustawowych używano przeważnie wyrażeń: „żydzi, żydowski“ (*Juden, jüdisch*). Tak jeszcze w proj. uregulowania stosunków prawnych wyznania żydowskiego (Nr. 202 alleg. Izby Panów X. sesyi R. P.). Zmieniono te wyrażenia już w uchwalonym w r. 1888 projekcie komisyjnym Izby posłów na „izraelici, izraelicki“, a od czasu wydania ust. z 21 marca 1890 L. 57 dz. u. p. te ostatnie wyrażenia uważać należy za urzędowe. Nie idzie za tem, aby wyrażenia „żydzi, żydowski“ były niewłaściwe lub ubliżające.

żeńskie (§. 124—125 u. c.), zapowiedzi (§. 126 u. c.), zaślubin (§. 127—131 u. c.), rozdziału (§. 132 u. c.), rozwodu (§. 133—136 u. c.). Wyznawców religii izraelickiej obowiązują więc ogólne przepisy o małżeństwie z modyfikacyami, w powyższych §-fach [2]), a względnie późniejszych przepisach [3]) zawartemi.

---

[2]) DOLLINER w rozp. *Allg. Bem. üb. d. im a. b. G. B. enthaltene Eherecht der Juden*, w *Zt. f. oest. Rg.* 1827 II. str. 317 n. (por. także *Eher. d. Juden* str. 4 n.) przytacza zdanie (niewiadomo czyje), jakoby §§. 124 — 136 u. c. zawierały zupełne prawo małżeńskie dla żydów, zatem przepisy powszechne u. c. (§. 44 — 120 u. c.) do żydów nie miały zastosowania, i obszernie zdanie to zbija. W obec §. 123 u. c. nie zasługuje ono na odparcie. Por. zresztą GRASSL str. 4 n.

[3]) Aż do panowania Józefa II nie było ustaw, któreby zajmywały się małżeństwami żydowskiemi ze stanowiska prywatno-prawnego. Żydzi przestrzegali prawa mojżeszowego i talmudu, spory rozstrzygały sądy rabinackie. Przepisy administracyjne, jakie w tym czasie w tej materyi wydawano, miały na celu głównie zapobieganie nadmiernemu rozmnożeniu się ludności żydowskiej i idącemu za tem zubożeniu jej. Taki cel miały w szczególności przepisy, wymagające pozwolenia władzy politycznej na małżeństwa żydów (który to przepis wszedł do kod. cyw. — §. 124 u. c. — i dopiero ces. rozp. z 29 listopada 1859 L. 217 dz. u. p. zniesiony został). Pat. małż. Józefa II z 16 stycznia 1783 L. 117 zb. u. s. nie zawierał żadnych wyjątków dla żydów, tak, iż poddani byli w zupełności powszechnym przepisom. Pat. z 3 maja 1786 L. 543 zb. u. s. uznał wprawdzie małżeństwo żydowskie za rozwiązalne, jeśli mąż i żona na rozwód się zgadzają, lecz innych koncesyi nie udzielił. Nadto zniesiono sądy rabinackie d. n. z 25 sierpnia 1783 i 28 maja 1785 (*Handb. d. Ver. Josef II.* T. 4 str. 544 i T. 9 str. 674), tudzież d. n. z 23 maja 1785 L. 436 zb. u. s., a kod. józ. także odrębnych przepisów dla żydów nie wprowadził, (por. n. p. §. 33, 34, 38, 39 kod. józ.). Dopiero za Leopolda II i Franciszka I wprowadzono na usilne nalegania żydów (ob. PRATOBEVERA *Mat.* III. str. 238) niektóre modyfikacye (d. n. z 21 marca 1791 L. 130 zb. u s. i pat. 28 paźdz. 1800 L. 510 zb. u. s.), które weszły później do ust. cyw z 1811 r. (GRASSL str. 10 n.). W komisyi kompilacyjnej już w r. 1785 rozważano kilkakrotnie kwestyę, czy należy dać żydom odrębne przepisy małżeńskie. Ob. szczegóły u HARRASSOWSKIEGO *Cod. Ther.* IV. str. 37 n. uw. 9.

Odmiany te są następujące:

1) Przeszkoda pokrewieństwa istnieje w linii pobocznej tylko między bratem a siostrą, następnie między siostrą a synem lub wnukiem brata jej lub siostry (§. 125 u. c. ust. 1)[4]); przeszkoda powinowactwa zaś istnieje między mężem a siostrą żony, między żoną a bratem męża, w końcu między żoną a synem lub wnukiem brata lub siostry jej męża (§. 125 ust. ost.)[5]). Nadto mieści ten §. zakaz mał-

---

Także podczas obrad o proj. MARTINIEGO była o tem mowa. Stany czeskie uczyniły wniosek umieszczenia przy końcu rozdziału o małżeństwie odrębnych przepisów dla żydów. Treść proponowanych przepisów odpowiadała w ogólności §. 124, 125, 133—135 u. c. (HARRAS. V. str. 44 uw. 46). Wnioski te w projektach, ani też w kod. gal. nie były zamieszczone. Dopiero ZEILLER na posiedz. z 8 lutego 1802 wspomniał o tem, że takie odrębne przepisy o małż. żydowskiem będą zamieszczone w odpowiednich miejscach (OFNER I. str. 64). Przy sposobności obrad nad rozdz. o małżeństwie dyskutowano o małżeństwie żydowskiem, główną treść §§. 124—136 u. c. uchwalono jednak dopiero 25 maja 1807, przyczem w protokole naznaczono, że stało się to w porozumieniu z kancelaryą nadworną i skutkiem *monitum* galic. gubernium, które wytknęło, iż w proj. niema przepisów o małżeństwach żydowskich. (OFNER II. str. 350).

[4]) Z jednej strony więc zdolność do małżeństwa żydów jest w porównaniu do powszechnego prawa małż. rozszerzoną, ponieważ dozwolone jest małżeństwo między wujem a siostrzenicą, — z drugiej strony jest ścieśnioną, bo zabronione jest małżeństwo między ciotką — babką a siostrzeńcem — wnukiem. Że takie małżeństwo nie często się zdarzy, słusznie zauważa RITTNER str. 112.

[5]) Dążeniem prawodawcy było zastosować się do prawideł religii mojżeszowej. To się jednak niezupełnie powiodło — jak się zdaje z powodu, że informacye autorów ustawy o tych prawidłach były niedokładne a nawet mylne. Na posiedzeniu z 22 lutego 1802 uznawano, że przepis, iż mąż po rozwiązaniu małżeństwa nie może żenić się z siostrą żony, jakkolwiek uzasadniony w d. n. z 21 marca 1791 zostaje w sprzeczności z zasadami religii żydowskiej. Gdy autorowie nie potrafili sobie wytłumaczyć, dlaczego ten przepis wszedł do pomienionego dekretu nadw., postanowiono pod tym względem zasięgnąć informacyi (OFNER I str. 94), która jednak do zmiany nie doprowadziła, ponieważ przepis ten od lat 10-ciu istniał, a żydzi

żeństwa między mężem a krewną żony w linii wstępnej lub zstępnej i między żoną a krewnym męża w linii wstępnej lub zstępnej. Zakaz ten sam się rozumie ze względu na ogólne przepisy §. 65 i 66 u. c. [6]).

2) Ogłoszenie zapowiedzi nastąpić winno z zachowaniem tych samych przepisów, jakie istnieją dla innych wyznań (§. 70—73 u. c.), wszelako bez ułatwień w §. 74 u. c. zawartych (arg. z §. 126 ust. ost.) [7]), a więc przez właściwego rabina (§. 17 u. z 21 marca 1890. L. 57 dz. u. p.) [8]) w obec

---

nań się nie uskarżali (OFNER I. str. 104). Nie wiedzieli jednakże autorowie — zdaje się — o tem, że małżeństwa rytualne między mężem a siostrą żony — prawda, że tylko po śmierci żony — bardzo często, chociaż nie legalnie, bywały i bywa ą zawierane, a t. zw. *Levirat-Ehe* (między wdową a bratem męża) nie tylko rytualnie nie jest zabronioną lecz nawet nakazaną. Ob. o tem WESSELY str. 231 n Ob. także DUSCHAK str. 23 n, 121 n., GRASSL str. 71, LANDAU *Die Bedeutung der Leviratsehe u. d. Chalizza f. d. oesterr. Civilr.* w *Jur. Ztg.* N. 21, 22 z r. 1894.

[6]) Że przeszkody te są natury publicznej, ze względu na §. 94 u. c. nie powinno ulegać wątpliwości. GRASSL str. 78.

[7]) Sporną jest kwestya, czy ułatwienie pod względem ilości i formy zapowiedzi, uzasadnione w §. 74 u. c., także do żydów się odnosi w obec tego, że w §. 126 u. c. cytowane są §§. 70—73 niecytowany zaś §. 74 u. c. — GRASSL §. 47 utrzymuje, że tak, powołując się na zasadę, że jeśli niema innego postanowienia w specyalnych przepisach dla żydów, zastosować należy ogólne przepisy o małżeństwie. Tego zdania też STUBENRAUCH do §. 126 u c. Przeciwnie twierdzą WESSELY l. c. str. 442, RITTNER str. 224 uw. 11 z powołaniem się na §. 129 u. c., który stanowi, że małżeństwo żydowskie, bez zachowania przepisów ustawowych zawarte, jest nieważne. Jestto jednak *petitio principii.* Jeśli § 74 u. c. ma zastosowanie do żydów, to o małżeństwie zapowiedzianem po myśli §-fu tego nie można powiedzieć, iżby było zawarte bez zachowania formalności przepisanych. Że §. 74 nie ma zastosowania, dowodzi okoliczność, iż §. 126 u. c cytując § 70—73 u. c. a nie cytując §. 74 u c. tem samem stanowi wyjątek dla żydów.

[8]) Podług pierwotnego brzmienia ust. cyw. (§. 70, 74, 126) zapowiedź ogłoszoną być miała przez „rabina lub szkolnika“ (*Rabbiner, Religionslehrer, Religionsweiser,* §. 127 u. c.)

zwyczajnego zgromadzenia wyznawców religii izraelickiej okręgu gminy wyznaniowej, w trzech dniach szabasowych lub

---

w synagodze lub spólnej bożnicy; — tam zaś, gdzie spólnej bożnicy niema, zajmować się miała ogłoszeniem zapowiedzi zwierzchność miejscowa. Ze względu na nieuregulowane wówczas stosunki prawne wyznania izr. zastosowanie przepisów o zapowiedzi do urządzeń izraelickich wielkie nastręczało trudności. O tych stosunkach prawnych ob. *Erläut. Bemerkungen zum Ges. Entw. betr. die äusseren Rechtsverh. der jüd. Religionsgesellschaften*, aleg. Izby Panów Nr. 202 X serya, GRASSL str. 88 n., WESSELY l. c. str. 437 n. szczeg. 438 n., tegoż *Wer ist nach d. Grunds. d. oest. R. zur Vornahme e. jüd. Trauung berechtigt?* 1839 (rec. KLEINWÄCHTERA w *Zt. f. oest. Rg.* 1840 III. str. 197 n.). Trudność ta nie dała się usunąć nawet wskazaniem na przepisy religijne, gdyż wyznanie izr. nie zna właściwej hierarchii duchownej, zaś organizacya gmin izrael. nietylko nie była wszędzie przeprowadzoną, lecz rząd nawet tam, gdzie istniała, nieprzychylnie względem niej się zachowywał (ob. ROSENBACHER w MISCHL. i ULBRICHA *Staatswört.* II. str. 194). Dopiero gdy orz. Tryb. adm. z 24 września 1884 L. 1443 Budw. N. 2224 zaprzeczono, iżby istniał dla żydów przymus należenia do jakiejkolwiek gminy wyzn., spotęgowały się dążenia do uregulowania ustawniczego stosunków wyznania izr., a owocem ich była ustawa z 21 maja 1890 L. 57 dz. u. p. podług której podstawą urządzeń tego wyznania jest gmina wyznaniowa, mająca się starać o zaspokojenie potrzeb religijnych swych członków (§. 1). Odtąd więc każdy izraelita należy do tej gminy wyznaniowej, w której okręgu ma miejsce zamieszkania (§. 2). Każda gmina wyznaniowa ma mieć przynajmniej jednego rabina (§. 11); czynności zaś odnoszące się do zapowiedzi, zaślubin i t. d., a w §. 126—133 u. c. rabinom lub szkolnikom poruczone, sprawowane być mają (po ustanowieniu okręgów gmin wyznaniowych) tylko przez należycie ukwalifikowanych rabinów lub ich zastępców (§. 17 tejże ustawy). Okręgi gmin wyznaniowych ustanowione zostały w Galicyi rozp. min. z d. 2 kwietnia 1891 L. 282 Nr. 42 dz. u. i rozp. kraj. od 1 stycznia 1892. Tam więc, gdzie gminy już są ukonstytuowane, ogłoszenie zapowiedzi nastąpić musi zawsze przez właściwego rabina w bożnicy a przepis, iż zwierzchność gminna ma zapowiedź ogłaszać, stał się bezprzedmiotowym. Zdanie WESSELYEGO (str. 441), jakoby w braku wyraźnego przepisu w §. 126 u. c. zapowiedź małż. żydowskiego mógł przedsięwziąć ktokolwiekbądź, nie miało podstawy już dla dawniejszego prawa w obec powo-

świątecznych [9]), po sobie następujących [10]) (§. 126 u. c. w związku z cyt. dopieroco ustawą) [11]).

3) Do przedsięwzięcia aktu zaślubin uprawniony jest jedynie rabin gminy wyznaniowej, do której należy jedno lub drugie z zaręczonych [12]), w obecności dwóch świadków (§. 127 u. c. w związku z §. 17 ust. z 21 marca 1890. L. 57 dz.

łania w tymże §. 126 przepisów §. 70—73. Już bowiem pat. z 3 maja (dla Galicyi 8 czerwca) 1786 było postanowione, iż to co w (ówczesnym) pat. małż. poruczono proboszczom, pastorom i popom, mają dla żydów spełniać przełożeni synagogi lub szkoły. — Por. także dekr. kanc. nadw. (do gub. gal.) z 9 listop. 1803 L. 636 zb. u. s, który wyraźnie stanowi, że do małżeństw żydowskich mają zastosowanie §. 80, 81, 82 kod. gal. odpowiadające §. 70 —73 u. c.

[9]) Spis uznanych przez państwo dni świątecznych izrael. mieści w sobie d. n. z 17 stycznia 1818 L. 1405 zb. u. s.

[10]) Sporną jest kwestya czy wyrazy te należy tłumaczyć tak, iżby między szabasami lub świętami, w których zapowiedź następuje, innych nie było (GRASSL str. 97, RITTNER str. 223), czy też tak, iżby kilka ogłoszeń zapowiedzi nie odbyło się tego samego szabasu lub święta (WINIWARTER I. str. 387). W obec tego, że ustawa wyraźnie mówi *an drei... Sabbat-oder Feiertagen*, interpretacya WINIWARTERA nie jest słuszną, a przychylić się należy do zapatrywania GRASSLA. RITTNER str. 223 w uw. 7 słusznie domyśla się, że odmienna od §. 71 stylizacya §. 126 u. c. jest *lapsus*; — w obec groźby §. 129 u. c. jednakże przepis ten przestrzegany być musi pod nieważnością. (Przeciwnie KRAINZ-PFAFF §. 426 uw. 7).

[11]) Podług zwyczajów w Galicyi przestrzeganych zapowiedź głosi nie rabin sam, lecz z polecenia tegoż szkolnik w obec zgromadzenia nabożnego izraelitów po odczytaniu pisma św. — Księgę zapowiedzi prowadzi rabin.

[12]) Rozumie się samo, że czynność rabina jest tak samo czynnością urzędową, jak duszpasterza innych wyznań. Urzędowy charakter uwydatniony jest w §. 127 u. c. bardziej aniżeli w §. 75 u. c. (*die Trauung muss von dem Rabbiner... vollzogen werden*). WESSELY *Wer ist...* str. 7. Innego zdania mianowicie, iż sama obecność rabina i dwóch świadków wystarcza — jest GRASSL str. 114 n. KLEINWÄCHTER l. c. str. 201, — tenże ostatni w konsekwencyi swego zdania, że dla innych wyznań obecność duszpasterza wystarcza. Por. jednak wyżej §. 431 uw. 6.

u. p.)[13]). Przed nim winni się zaręczeni wykazać potrzebnemi świadectwami. Rabin właściwy może też upoważnić rabina innej gminy do przedsięwzięcia zaślubin (§. 127 u. c.) w sposób taki, jaki przepisanym jest dla delegacyi duszpasterza innych wyznań, a więc pisemnie (§. 81 u. c.)[14]). Małżeństwo żydowskie, zawarte bez zachowania przepisów o zaślubinach (§. 127 u. c.), jest nieważne (§. 129 u. c.)[15]). Zaręczeni lub

---

[13]) Podług religijnych przepisów izr. do przedsięwzięcia zaślubin uprawniony jest każdy izraelita. Ob. WESSELY *Mag.* str. 444, DUSCHAK str. 48 n. Wbrew tym przepisom ust. cyw. uznaje zaślubiny podjęte przez osobę, ustawą do tego nieupoważnioną, za nieważne. Mimo to — zwłaszcza w Galicyi — rytualne jedynie małżeństwa są bardzo częste.

[14]) Ob. wyżej §. 431 ust. II.

[15]) RITTNER str. 224 i uw. 11 odnosi §. 129 u. c. głównie do zapowiedzi. Podobnie *de lege lata* WESSELY *Mag.* str. 442. GRASSL str. 153 n. w długim wywodzie broni zdania, że §. 129 każe oceniać ważność małżeństwa żydowskiego podług ogólnych zasad, a nadto podług specyalnych dla żydów wydanych przepisów, lecz w takim razie byłby zupełnie zbytecznym, gdyż to już z §. 123 u. c wynika. NIPPEL II. str. 163 n. twierdzi, że §. 129 należy rozumieć w ten sposób, iż przekroczenie jakiegokolwiekbądź przepisu pociąga za sobą nieważność małżeństwa, a więc nawet i takiego, które dla innych wyznań nieważności nie sprowadza, n. p. zakazu małżeństwa. Materyały ust. cyw. nie dają żadnego wyjaśnienia. Na posiedzeniu z 27 maja 1807 nadmienił ZEILLER, że stosownie do nowszych rozporządzeń o małżeństwach żydowskich i do projektu z kanc. nadw., pod d. 31 grudnia 1806 udzielonego, „następujące“ zmiany i dodatki poczynić należy, i przytoczył między innemi także teraźniejszy §. 129 u. c. Wszystkie zaproponowane §-fy przyjęto. Przepisy nowsze, na które się ZEILLER powoływał, mogły być chyba tylko dekr. nadw. z 21 marca 1791 L. 130 zb. u. p. i zgodny z tymże pat. z 28 paźdz. 1800 L. 510 zb. u. s., których treść powtórzoną jest w §. 125, 133, 134, 135, 132 tudzież dekr. kanc. nadw. z 9 listopada 1803 L. 636 zb. u. s., o zapowiedzi małżeństw żydowskich. Te przepisy również nie wyjaśniają doniosłości §. 129 u. c. Jeżeli się jednak zważy, że §. ten stoi w pośród §-fów, traktujących wyłącznie tylko o samym akcie zawarcia małżeństwa, że prawodawcy w obec odmiennych praktyk religijnych widocznie chcieli z naciskiem podnieść, iż jedynie małżeństwo przed upoważnioną do tego osobą zawarte jest ważne, a wytę-

rabini, którzy nie stosują się do tychże przepisów, dalej ci, którzy, nie będąc należycie upoważnieni, zaślubiny przedsiębiorą, podlegają nadto karze w §. 252 drugiej części kodeksu karnego z dnia 3 września 1803 ustanowionej (§. 130 u. c.)[16]).

4) Pod względem udokumentowania aktu zaślubin odwołuje się ustawa do przepisów §§. 80—82 u. c., dodając, że świadectwa przedłożone winny być dołączone do księgi zaślubin z powołaniem się na liczbę bieżącą, pod którą akt w księdze tej został uwidoczniony (§. 128 u. c.). Podług obecnego stanu ustawodawstwa, metryk zaślubin izraelickich, jak w ogóle ksiąg stanu izraelitów nie prowadzi już rabin, ani szkolnik, lecz prowadzone są one w t. zw. okręgach metrykalnych przez osobnych zaprzysiężonych urzędników (t. z. „prowadzących metryki izraelickie“ w Galicyi, §. 1 rozp. min.

---

pić chcieli przeciwne temu zwyczaje żydowskie, — zdanie, iż §. 129 u. c. jedynie tylko do samego aktu zawarcia małżeństwa, t. j. do uroczystego oświadczenia się odnosi, nie ma zaś ogólnego znaczenia, jakie mu nadawać chciano, wydaje się najracyonalniejszem. Tak też KRAINZ-PFAFF §. 426 uw. 9 przy końcu. W urzędowym rejestrze do ust cyw. §. 129 u. c. wzięty jest razem z §. 127 - 131 pod wyrazem: *Judenschaft, Ausnahmen... in Rücksicht der feierlichen Erklärung und Trauung*, co także dowodzi łączności tego §-fu z sąsiednimi.

[16]) Przepis §. 252 II. ust. karn. z r. 1803 zawarty jest obecnie prawie dosłownie w §. 507 ust. karn. z 27 maja 1853 L. 117 dz. u. p., mianowicie zagrożoną jest w tym §-fie (jak i poprzednio) kara ścisłego aresztu od trzech do sześciu miesięcy. Ponieważ nowa ust. karna z 1852 r. jest — jak to we wstępie do pat. obwieszcz. nadmieniono — jedynie nowem, uzupełnionem i zmienionem wydaniem dawniejszej ustawy karnej z r. 1803, przeto obecnie §. 507 u. k. z 1852 r. zastosowywać należy w przypadkach przewidzianych w §. 130 u. c. Zdaniem HERBSTA *Strafr.* II. str. 228, KIRCHSTETTERA (ad §. 127—131), § 130 u. c. zawierał zmianę §. 252 II. ust. k. z 1803 r., która to zmiana jako nie zatwierdzona nową ust. karną, obowiązywać przestała, a odtąd zaręczeni mogliby być karani tylko wówczas, gdyby zachodziły warunki §. 507 u. k., zaś rabini tylko wówczas, gdyby ich można poczytać za spółwinnych po myśli §. 5 i 239 u. k. Zdanie to nie wydaje mi się uzasadnione w obec tego, że §. 130 u. c. nie jest przepisem karnym, który mógłby być zniesiony nową ust. karną, lecz przepisem porządkowym, którego ustawa karna nie dotyka.

z 15 marca 1875. L. 55 dz. u. i rozp. kraj. z r. 1876). Rabin może być także takimże urzędnikiem zamianowany; jeżeli jednak nim nie jest, to ma obowiązek udzielić prowadzącemu metryki treść odnośnego wpisu (§. 11 cyt. rozp. — por. także §. 32—36 cyt. rozp.) [17]). Księgi metrykalne, prowadzone w ten sposób, są dokumentami publicznymi (ust. z 10 lipca 1868. Nr. 12 dz. u. p.).

5) Przepis §. 124 u. c., iż do zawarcia ważnego małżeństwa żydowskiego potrzeba pozwolenia urzędu obwodowego (t. zw. konsensu małżeńskiego), zniesiony został ces. rozp. z 29 listopada 1859. L. 217 dz. u. p. [18]).

§. 444.

B) Ze względu na separacyę i rozwód.

GRASSL str. 194 n.; WESSELY *Ueber Scheidung und Trennung jüd. Ehen nach oest. R.* w *Ger. Ztg.* 1853. N. 55—58, 71—73, — *Zur Trennung der Judenehen durch Uebergabe des Scheidebriefes* w *Jur. Bl.* 1876 Nr. 23; MAYER V. ALSO-RUSSBACH *Bemerk. über d. Verfahren nach §. 134 b. G. B. bei Trennung der Judenehen* w *Jurist* II. str. 414; DAMIANITSCH *Auch eine Ansicht üb. d. Verfahren bei Trennung d. Judenehen*, tamże X. str. 144; SCHEIDLEIN *Erörterung*, tamże V. str. 418.

1) Przy rozdziale od stołu i łoża małżonków izraelickich zastosowanie mają ogólne przepisy małżeńskie (§. 104—110 u. c.) z tą różnicą, że funkcye duszpasterza spełniać winien rabin (§. 132 u. c., §. 17 ust. z 21 marca 1890. L. 57 dz. u. p.) [1]). Gdyby jedno z małżonków w czasie żąda-

---

[17]) Przepisana dawniej kontrola, uwierzytelnianie i podpisywanie ksiąg metrykalnych izrael. przez duszpasterza katolickiego odpadło po myśli art. II. cyt. wyżej ustawy. Przepis §. 131 u. c., zagrażający rabinom karami za nienależyte prowadzenie metryk małżeńskich, stał się bezprzedmiotowym w obec tego, że obecnie rabini tych ksiąg nie prowadzą.

[18]) O dawnym konsensie małż. dla żydów ob. GRASSL str. 17 n.

[1]) Separacya od stołu i łoża obcą jest przepisom religijnym izraelitów. Por. GRASSL str. 194 n.; WESSELY *GZ.*

nia separacyi było już chrześcijaninem, upomnienie do pogodzenia powinien przedsięwziąć właściwy duszpasterz chrześcijański w obec chrześcijańskiego małżonka, a to nawet i w obec małżonka, który pozostał izraelitą, jeśli tenże na zaproszenie przybędzie. Gdyby jednak upomnienie to pozostało bez skutku, wówczas usiłowanie ugody podejmuje sąd z obojga małżonkami (d. n. z 10 sierpnia 1821. L. 1789 zb. u. s.).

2) Rozwód małżonków izraelickich nastąpić może albo

a) na podstawie zgodnego oświadczenia woli obojga małżonków, albo też

b) na jednostronne żądanie męża w przypadku popełnionego przez żonę cudzołostwa.

W obydwóch tych przypadkach podstawą rozwodu jest t. zw. list rozwodowy (*Scheidebrief*), t. j. pismo, sporządzone podług rytualnych przepisów izraelickich, którem mąż żonę od związku małżeńskiego zwalnia [2]).

W szczególności:

1) Dobrowolny rozwód nastąpić może za pomocą listu rozwodowego, jeśli małżonkowie w tym celu zgłoszą się do właściwego rabina swego, który ma obowiązek starać się najusilniej do skłonienia ich przedstawieniami, ażeby się napowrót pogodzili; gdyby zaś usiłowania te nie odniosły skutku, wydać im na piśmie świadectwo, że wypełnił nałożony nań obowiązek, lecz mimo wszelkich zabiegów nie zdołał ich odwieść od postanowienia (§. 133 u. c.). Z tem świadectwem muszą się oboje małżonkowie stawić przed sądem właściwym, w którego okręgu mieszkają. Jeśli sąd po zbadaniu rzeczy uzna, że jest jeszcze nadzieja pogodzenia, nie powinien zaraz pozwolić na rozwód, lecz oddalić winien małżonków z ich żądaniem na jeden lub dwa miesące. Gdyby i w tym czasie

---

Nr. 55 n. z r. 1853. Nie jest też praktykowaną separacya dobrowolna między izraelitami, gdyż ci wolą dobrowolny rozwód, który równie łatwo uzyskać mogą.

[2]) Formalności przy udzieleniu pisma rozwodowego i przepisaną treść jego podaje DUSCHAK str. 94 n.; także GRASSL str. 212 n. Ustawa nie określa bliżej treści i formy listu rozwodowego, polegając widocznie na znaczeniu, jakie list ten ma w rytuale żydowskim.

od zamiaru rozwodu nie odstąpili, lub też gdyby odrazu żadnej już nie było nadziei pogodzenia, sąd winien pozwolić, ażeby mąż wręczył żonie list rozwodowy, poczem obydwoje małżonkowie ponownie przed sądem oświadczyć muszą, że list rozwodowy zgodnie dać i przyjąć są zdecydowani. Dopiero wówczas list rozwodowy poczytany być ma za prawomocny i małżeństwo za rozwiązane (§. 134 u. c.). List rozwodowy w ogólności wręczony być musi żonie przez męża osobiście. Wręczenie go przez pełnomocnika nastąpić może tylko w tym razie, jeśli jedno z małżonków przeszło na religię chrześcijańską. I w tym przypadku pełnomocnikiem może być tylko izraelita, pełnomocnictwo zaś nie powinno zawierać w sobie nic takiego, coby sprzeciwiało się zasadom religii chrześcijańskiej, a nadto ułożone być winno tak, iżby uchylało wszelkie wątpliwości sumienia, uzasadnione w zwyczajach religii izraelickiej (dekr. nadw. z 19 maja 1827. L. 2277 zb. u. s.). W takim też przypadku, t. j. jeśli jedno z małżonków przeszło na religię chrześcijańską, przed dozwoleniem rozwodu przedstawienia winien czynić chrześcijański duszpasterz, tak samo, jak to przepisano przy żądaniu separacyi od stołu i łoża (d. n. z 10 sierpnia 1821. L. 1789 zb. u. s.)[3]).

2) Bez zezwolenia obydwojga małżonków rozwód dozwolony być może tylko na żądanie męża, jeśli udowodniono, że żona popełniła cudzołóstwo. Wówczas mąż ma prawo oddalić ją od siebie listem rozwodowym nawet wbrew jej woli. Na skargę męża winien być proces zwyczajny przeprowadzony [4]). Innych przyczyn rozwodu izraelickiego małżeństwa ustawa nie dopuszcza, w szczególności przepisy o rozwodzie niekatolickich chrześcijan do małżeństw izraelickich nie mają zasto-

---

[3]) O postępowaniu w przypadku dobrowolnego rozwodu ob. BARTSCH str. 209 n.

[4]) BARTSCH str. 227 n. — Nie ma więc tu zastosowania postępowanie z urzędu, normowane dekr. nadw. z 23 sierpnia 1819, lecz postępowanie zwyczajne, w którem sprawa jest w dyspozycyi stron (GRASSL str. 248, STUBENRAUCH ad §. 135, RITTNER str. 354, CANSTEIN II. str 454 — przeciwnie orz. 14771.

sowania [5]), z czego wynika także, że wbrew woli męża rozwód małżeństwa izraelickiego nigdy nastąpić nie może [6]).

3) Przejście jednego z małżonków izraelickich na wiarę chrześcijańską, nie powoduje rozwiązania małżeństwa. Małżeństwo takie może być jednakże i nadal z jednej z przytoczonych w §. 133—135 przyczyn rozwiązane (§. 136 u. c. — por. także cyt. wyżej d. n. z 10 sierpnia 1821. L. 1789 zb. u. s.). W przypadku przejścia obojga małżonków na wiarę chrześcijańską kwestye rozdziału i rozwodu mają być traktowane podług przepisów, wydanych dla tego wyznania, na które małżonkowie przeszli (r. min. z 8 sierpnia 1853. L. 160 dz. u. p.) [7]).

---

[5]) Dowodem tego nie tyle stylizacya §. 133 — 135 u. c., ile historya tychże §-fów. W kod. gal. był przepis (§. 109 I.), że powody, uprawniające katolików do żądania separacyi, wystarczają wyznawcom innych religii (*anderen Religionsverwandten)* do żądania rozwodu. Przepis ten tłumaczono w Galicyi w ten sposób, iż dozwalano z tych powodów rozwodu także żydom. Otóż skutkiem tego wyszedł pat z 28 paźdz. 1800 L. 510 zb. u. s. dla Galicyi (powtarzający co do istoty przepis dawniejszy d. n. z 21 marca 1791), który pod lit. c wyraźnie stanowi: *Ausser dem Falle eines gerichtlich erwiesenen Ehebruches, hat die Auflösung der Ehe ohne die rechtsgiltige Einwilligung beider Ehegatten nicht statt*, a nadto dodaje: *es kann also dasjenige, so in den §§. 108 u. 109 I. des bgl. Ges. B.* (kod. gal., odpowiadające §. 109 i 115 u. c.) *den nichtkatholischen Einwohnern gestattet wird, auf die Judenschaft nicht angewendet werden.* Na ten patent odwoływał się też ZEILLER (OFNER I. str. 128). Por. także OFNER II str. 350 i 510. Tak też praktyka. Por. orz. 1356, 14659. Tego zdania także wszyscy autorowie austr. Argumenta *pro* i *contra* cytuje SCHEIDLEIN l. c. str. 418 n.

[6]) Por. orz. 4387, 8648, 12178.

[7]) O tem rozp. ob. LASCH w *Ger. Ztg.* 1853 Nr. 118. Jak to już nadmieniono (wyżej § 419 ust. III.), dla małżonka, który przeszedł na wiarę katolicką i rozwiódł się z małżonkiem, w religii izraelickiej pozostającym, nie ma przeszkody katolicyzmu (d k n z 4 lutego 1837. L. 168 zb. u. s.). Przepis ten uzasadniono powołaniem się na d n z 28 czerwca 1806 L. 771 zb. u. s., który poczytuje małżeństwo izraelickie za umowę cywilną (*ein blosser bürgerlicher Vertrag*).

II. O prawie małżeńskiem majątkowem.

§. 445.

Wstęp.

SATTLER *Handb. d. oest. Eherechtes* (1804; dla pr. józ. i kod. gal.), 2 tomy; SCHEIDLEIN *Miscellen aus d. Geb. d. bgl. Rechtes nach d. galiz. u. nach d. neuen bgl. Gesetzb.* (1812), zesz 3; WINIWARTER *Ueb. d. rechtl. Verhältnisse d. Ehegatten*, w ROZBIERSKIEGO *Annalen* 1812 str. 61 n. (krótkie streszczenie przepisów kod. cyw.); NIPPEL *Darstellung d. Rechte d. Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen* (1824); OGONOWSKI *Oester. Ehegüterrecht* (1880) Tom I. (jedyny); ANDERS *Das Familienrecht* (1887) str. 90—177; tegoż *Grundriss des Familienrechtes* (1899) str. 24—46; KRAINZ (PFAFF) II. §. 435—447.

I. Ogół przepisów prawnych, urządzających skutki prawne małżeństwa ze względu na majątek, obejmujemy nazwą prawa majątkowego małżeńskiego (*Ehegüterrecht*). Skutki te powstawają albo bezpośrednio ze samego zawarcia małżeństwa, albo też pośrednio, t. j. za pośrednictwem aktów prawnych majątkowych, zdziałanych ze względu na zawrzeć się mające lub zawarte małżeństwo. W miarę tego odróżniamy ustawowe i umowne prawo majątkowe małżeńskie (*gesetzliches*, *gewillkührtes Ehegüterrecht*).

Podług prawa austryackiego regułą jest, że spólność życia, wynikająca z małżeństwa, nie rozciąga się na stosunki majątkowe małżonków, mianowicie nie pociąga za sobą spólności majątkowej między małżonkami (§. 1233 u. c.). Każdy małżonek zachowuje w ogólności majątek swój jako odrębny i nie przestaje być samodzielnym podmiotem praw majątkowych, jakie miał przed zawarciem małżeństwa, zaczem może

bez względu na małżeństwo samodzielnie nabywać, mieć i pozbywać prawa majątkowe (zasada odrębności, czyli wyłączności majątkowej, §. 1237 u. c.) [1]).

---

[1]) Prawo austryackie przyjęło więc co do istoty t. zw. system dotalny prawa rzymskiego, którego myślą przewodnią jest, że zmiany w stosunkach majątkowych osób, zawierających małżeństwo, mogą nastąpić tylko skutkiem aktów prawnych, do których wówczas mają zastosowanie pewne odrębne przepisy. (Podobny system przyjęty w kod. włoskim art. 1378 — 1446). Antytezą tego systemu odrębności majątkowej są systemy, uzasadnione historycznie w prawie niemieckiem, wedle których zawarcie małżeństwa powoduje bądź ściślejsze bądź łagodniejsze złączenie majątków małżonków. Odróżniają tam najpierw system ogólnej spólności, czyli jedności majątkowej (*allgemeine Gütergemeinschaft*, *Gütereinheit*), który powoduje złączenie obydwóch majątków w jednę całość (*Gesammtgut*) i uzasadnia spólną odpowiedzialność obojga małżonków za długi każdego, a nadto składa zarząd spólnym majątkiem do rąk męża, odbiera zaś żonie wszelkie prawo dyspozycyi. Najbardziej zbliżony do tego systemu jest system spólności majątku ruchomego (*Mobiliargemeinschaft*), wedle którego spólność obejmuje tylko majątek ruchomy, nieruchomy zaś pozostaje odrębnym. Innym jest system spólności dorobku (*Errungenschaftsgemeinschaft*), który, podtrzymując odrębność majątku wniesionego, powoduje spólność dorobku i spólny obowiązek ponoszenia (po równych częściach) ciężarów małżeńskich. Najłagodniejszą formą spólności małżeńskiej jest t. zw. system spólności zarządu (*Verwaltungsgemeinschaft*), polegający na zasadzie, że zawarcie małżeństwa wprawdzie nie powoduje zmian w należności majątków, które pozostają odrębnymi, że jednak przychód obydwóch majątków i dorobek przeznaczony jest na pokrywanie ciężarów małżeńskich, a w tym celu majątek żony złączony zostaje z majątkiem męża w ręku tegoż jako głowy rodziny, któremu służy określone powyższym celem prawo użytkowania. Wszystkie te systemy w krajach niemieckich bywały do niedawna zastąpione. Obecnie przyjął kod. niem. system spólności zarządu (§. 1363 do 1425 kod. niem.), subsydyarnie zaś system odrębności (§. 1426—1431, 1436, 1364, 1371). Na mocy umowy dozwoloną jest spólność majątków ogólna (§. 1437 n.) i częściowa, t. j. dorobku i mobilarna (§. 1519 n., 1549 n.). Trafną charakterystykę rozmaitych systemów pr. maj. między małżonkami znajdujemy w *Mot. z. Entw. e. bgl. GB. f. d. deutsche Reich* IV. str. 133 n., z innej strony GIERKE *Der Entw.* str. 407 n.

Modyfikacye tej zasady powodować może wola stron, w szczególności umowa (§. 1237 u. c., o czem poniżej), po za tem zaś uzasadnione są niektóre modyfikacye powyższej reguły częścią odmiennem stanowiskiem męża i żony w małżeństwie, mianowicie przewagą gospodarczą męża, częścią zaś

System, w kod. niem. przyjęty, nie całkiem trafnie nazwany jest systemem spólnego zarządu (*Verwaltungsgemeinschaft*), gdyż zarząd nie jest spólnym między mężem a żoną, lecz spoczywa w ręku męża, który zarazem ma prawo użytkowania majątku żony (§. 1363) i obowiązek ponoszenia ciężarów małżeńskich (§. 1389) Przyjęcie tego systemu nastąpiło głównie z powodu, że tenże dotąd najbardziej był rozpowszechnionym w Niemczech. Nie brakło wniosków odmiennych, domagających się z jednej strony odrębności majątkowej, która niewątpliwie prawa żony najlepiej ubezpiecza, a z drugiej strony ogólnej spólności majątkowej, jako odpowiadającej historycznemu rozwojowi prawa niemieckiego, która mimo recepcyi prawa rzymskiego pozostała prawem największych terytoryów. Por. *Bericht d. Reichstagscom. üb. d. Entw e. bgl. GB.* str. 130 n. Literat. o projektach niem. ob. u REATZ'A *Die Litteratur üb. d. Entw. e. bgl. Ges. B. f. d. deutsche Reich* str. 48 n. W krajach prawa francuskiego panuje system spólności mobilarnej i dorobku (art. 1400, 1528 kod. nap.) z możebnemi modyfikacyami umownemi (art. 1497—1539). —W polskiem prawie dawniejszem przeważał system spólności majątkowej, później system posagowy, różniący się jednakże od rzymskiego, zarówno jak od systemów niemieckich. W Królestwie Polskiem podług prawa małż. panuje w braku umowy przedślubnej system wyłączności majątkowej, zmodyfikowany pr. użytkowania i zarządu męża. Ob MACIEJOWSKI Pogląd na stosunki majątkowe małżonków wedle dawnego pr. polskiego. Kraków 1864; ZABOROWSKI O stosunkach majątkowych między małżonkami w Bibl. Warsz. 1862. T. III. str. 75, 300; WALEWSKI O stosunku pr. wyłączności majątkowej między małżonkami według kod. cyw. polskiego 1871; HOLEWIŃSKI O stosunkach majątk. między małżonkami w razie niezawarcia umowy przedślubnej, Petersburg 1861; DUTKIEWICZ Słowo o stosunkach majątk między małżonkami w pr. zwyczajowem polskiem 1877; BEM Posag, wiano i oprawa w pr. miejskiem, w Gaz. sąd. warsz. 1877. Nr. 35—37; BURZYŃSKI Pr polskie II. str. 127 n.; OGONOWSKI str. 53 n.; WINIARZ Polskie pr. majątkowe w wiekach średnich; OKOLSKI Zasady pr. cyw. obow. w Królestwie Polskiem, str. 93 n.

są one skutkiem wzajemnego, spólnem pożyciem spowodowanego stosunku małżonków.

Przewaga gospodarcza męża objawia się w szczególności:

a) w prawie tegoż do kierowania gospodarstwem domowem i w obowiązku jego ponoszenia ciężarów ze spólnością małżeńską połączonych (*onera matrimonii*, §. 91 i 141 u. c.);

b) w uświęconem przez ustawę domniemaniu, że żona ustanowiła męża pełnomocnikiem swoim (§. 1238 u. c.) i że przyrost majątku pochodzi od męża (§. 1237 u. c.).

Wzajemny zaś stosunek małżonków powoduje niektóre, na pozytywnych przepisach ustawy oparte następstwa, jakoto:

a) wykluczenie zasiedzenia i przedawnienia w ciągu trwania spólności życia małżeńskiego (§. 1495 u. c.);

b) dopuszczalność niektórych aktów między małżonkami, niedozwolonych między innemi osobami (wzajemne testamenty §. 1248 u. c., kontrakty dziedziczenia §. 602, 1249—1254 u. c.);

c) surowsze wymogi formalne niektórych aktów majątkowych między małżonkami (ust. z 25 lipca 1871. L. 76 dz. u. p.).

II. W przypadkach wątpliwości, jakie ustawy zastosować należy do stosunków majątkowych między małżonkami, przestrzegać należy zasady, że zastosowanie mają ustawy, obowiązujące w miejscu zamieszkania małżonków w chwili, gdy małżeństwo zawarte zostało (§. 5 u. c.)[1]).

---

[1]) Por. orz. 694, 764, 2701, 9164.

ROZDZIAŁ I.

Ustawowe prawo majątkowe małżeńskie.

§. 446.

O stanowisku prawnem męża.

DOLLINER II. §. 116; RITTNER §. 42; OGONOWSKI I. str. 154 n.; ANDERS §. 24, *Grundr.* §. 26; KRAINZ (PFAFF) II. §. 440; HUSSAREK *Die familienrechtl. Alimentation nach oest. R.* w Grünh. XX. str. 480 n.; LÖSSL *Bemerk. z. Lehre v. d. Alimentation* w *Jur. Bl.* 1892 Nr. 39—45; PICK w rozpr. *Die Lohnbeschlagnahme* w Grünh. XXVIII. str. 1 n., w szczeg. str. 70 n.

I. Podług §. 91 u. c. mąż ma obowiązek dostarczania żonie, stosownie do swego majątku, przyzwoitego utrzymania [1]),

[1]) Prawa do utrzymania, polegające na prawie familijnem, odróżnia od innych praw takich, polegających na prawie obligacyjnem, HUSSAREK j. w. str. 481 n., tem, iż obowiązki, odpowiadające pierwszym są według niego, w pierwszym rzędzie obyczajowymi, a dopiero przez to, że posłuszeństwo prawidłom obyczajowym gwarantowane jest przez ustawę, stają się obowiązkami prawnymi, ze zobowiązaniami *sensu stricto* zaś tylko zewnętrzne mają podobieństwo, a zresztą odmiennym podlegają zasadom (prawa nie mogą być przedmiotem cesyi, egzekucyi, natomiast wykonane być mogą drogą egzekucyi, na majątek zresztą od egzekucyi wyłączony i t. p.). Stosownie do tego dzieli także obowiązki alimentacyjne wedle zasady prawnej, z której powstają, na familijne i obligacyjne, którym to ostatnim odmawia owych przywilejów. Przeciw temu ob. PICK w Grünh. XXVIII. str. 70 n., który bez względu na zasadę powstania roszczenia o alimentacyę, określa jako takie, których

a więc podług analogii [2]) reguły interpretacyjnej §. 672 u. c.: „żywności, odzieży, mieszkania i wszelkich innych potrzeb, jak długo żyje“. Rozciągłość tego obowiązku stosuje się przedewszystkiem podług stanu społecznego męża (*v. anständig* [3]) §. 91 u. c.), a w pośród tej miary podług majątku jego (*v. nach seinem Vermögen*) [4]), przyczem — *lege non distinguente* — obojętnem jest, czy żona posiada majątek, czy nie [5]). Obowiązek ten mąż spełniać winien w miarę zachodzących okoliczności albo w naturze, albo też płaceniem renty pieniężnej [6]),

---

dopełnienie spełniać ma cel ekonomiczny zapewnienia dalszej egzystencyi podmiotu uprawnionego — i powyższą różnicę odrzuca.

[2]) Tak słusznie HUSSAREK str. 496.

[3]) T. zn. *...seinem Stande gemäss* (proj. terez. I. 2, §. 68), *standesmässig* (kod. gal. §. 62 I.). Stan = stanowisko socyalne. Por. HUSSAREK str. 654 n.

[4]) Por. proj. terez. I 2, §. 82: *Der mehr oder wenigere Betrag des Unterhalts ist mit Rücksicht auf den Stand und Würde des Mannes nach denen Kräften seines Vermögens ...bei unbemittelten Leuten nach dessen Besoldung, Verdienst, Gewerb... und nach anderen zu erwägen billig findenden Umständen abzumessen.* Miara więc może być zmienną odpowiednio do stanowiska męża — choćby nawet wyrokiem była ustaloną. — Kwestya, czy żona praw tych dochodzić ma drogą sporu, czy w postępowaniu niespornem, w praktyce rozmaicie bywa rozstrzyganą. Za drogą sporu orz. 290; przeciwne orzeczenie 12223 motywowano tem, że tu nie chodzi o kwestyę sporną prawa familijnego, lecz o zarządzenie sądu, mające usunąć powód do procesu.

[5]) Por. orz. 4623 i HUSSAREK str. 549.

[6]) Prawo do alimentacyi w naturze, z istoty swej najosobistszej, nie kwalifikuje się do pozbycia (§. 1393 u. c.), a tem samem nie może ulegać prawu zastawu i egzekucyi (§. 448 u. c.), a oczywiście nie może być przedmiotem kompensacyi. Prakt. sąd. wyklucza od kompensacyi nawet alimentacyę w pieniądzach, z powodu, że jest tylko surogatem utrzymania w naturze (orz. 8335, rep. orz Nr. 106, orz. 11476, por. także orz. 10773). — HUSSAREK str. 690 motywuje to właściwością praw familijnych i wyklucza kompensacyę z innem zobowiązaniem z powodu ich nierówności (§. 1440 u. c.). Por. także orz. 10773. Stąd wynikałoby, że prawo do alimentacyi kompensować można z innem, wzajemnem prawem do alimentacyi.

a to nietylko w ciągu trwania spólnego pożycia, lecz nawet i po uchyleniu tegoż przez sądowy rozdział od stołu i łoża, gdyż obowiązek ten ustaje tylko wówczas, jeśli rozdział orzeczono z winy żony, a bez winy męża [7]). Gdyby rozdział orzeczono z winy obojga małżonków, żona z reguły nie ma prawa do alimentacyi, lecz zależy od ocenienia sędziego, czyli na jej żądanie, uwzględniając wyjątkowe okoliczności i powody słuszności, zechce zniewolić męża do udzielenia jej przyzwoitego utrzymania (§. 1264 u. c., d. n. z 4 maja 1841 L. 531 zb. u. s.) [8]). W razie dobrowolnego rozdziału, ułożenie się o utrzymanie żony zależy od umowy małżonków (§. 1263 u. c.), a zresztą rozumie się, że własnowolni małżonkowie także i w innych przypadkach rozdziału kwestyę utrzymania zgodnie inaczej unormować mogą (d. n. z 23 sierpnia 1819. L. 1595 zb. u. s. i rozp. min. z 9 grudnia 1897. L. 283 dz. u. p.) [9]). Po śmierci męża należy się żonie utrzymanie takie,

---

Mylnie ANDERS str. 97 motywuje wykluczenie egzekucyi, cesyi i kompensacyi właściwością rodzajową świadczenia.

[7]) Żona faktycznie (bez separacyi sądowej) osobno żyjąca, a więc także w ciągu procesu separacyjnego (por. orz. 6563), ma także prawo do alimentacyi, ponieważ obowiązek męża istnieje tak długo w całej pełni, póki sądownie inaczej nie orzeczono (orz. 4545, 5110, 6683, 8010 — przeciwnie 9544, w którem N. Tryb. okoliczności, iż mąż żył w konkubinacie ze siostrą żony, nie uznał za dostateczne usprawiedliwienie zerwania przez żonę spólnego pożycia!), — zwłaszcza, jeśli gotową jest wrócić do męża (orz. 2148, 2635), lub miała uzasadniony powód do opuszczenia spólnego mieszkania (orz. 609, 1712, 7251, 8688, 13153), albo jeśli mąż przyjęcia jej do mieszkania odmawia (orz. 8398) HUSSAREK str. 549 formułuje prawo żony w ten sposób, iż ma ona prawo do utrzymania tak długo, póki zniesieniu spólności pożycia nie towarzyszą okoliczności dowodzące, iż stała się niegodną tego. Por. także orz. 12006, wedle którego utracone przez żonę skutkiem nie godnego postępowania prawo do alimentacyi nie odżyje przez to, iż mąż ją później przyjmie napowrót do swego domu, nie donosząc o tem sądowi.

[8]) Por. orz. 2397, 2606.

[9]) Mylnem jest zdanie (OGONOWSKI str. 161, STUBENRAUCH do §. 91, ANDERS str. 97 uw. 9 i str. 147 przed uw. 3), iżby żona nie mogła się zrzec alimentacyi ze względu na charakter publiczny obowiązku męża w obec opieki nad

jakie miała za życia jego, jeszcze przez sześć tygodni, a gdyby była w ciąży, przez sześć tygodni po rozwiązaniu (§. 1243 u. c.)[10]). Gdyby na przypadek przeżycia małżonka nie było umówione zaopatrzenie małżonka pozostałego i gdyby małżonek pozostały przy życiu nie miał własnych środków utrzymania, należy mu się, bez względu, czy jest mężem, czy żoną, przyzwoite utrzymanie ze spuścizny zmarłego, dopóki nie wejdzie w ponowne śluby małżeńskie. Jednakże małżonek z winy swej separowany, nie ma do tego prawa (§. 796 u. c.)[11]). Za wyjątkiem tego ostatniego przypadku mężowi nie służy żadne prawo żądania utrzymania od żony lub z jej spuścizny [12]).

---

ubogimi, jak to n. p. rozstrzyga orz. 15056. W obec władz bowiem jest mąż obowiązany do dostarczania utrzymania żonie, gdyby bez tego stała się ciężarem opieki nad ubogimi, lecz w obec żony, gdyby się swego prawa zrzekła, obowiązku tego nie ma. Por. RITTNER str. 334 w uw. 28.

[10]) Dopóki pobiera to utrzymanie, nie może żądać umówionego w kontr. małż. dochodu wdowiego (§. 1243 u. c.). Przepis §. 1243 u. c. polega na rozwadze, że po śmierci męża potrzeba zawsze pewnego czasu do zmiany trybu życia. Także koszta połogu winny być ze spuścizny ponoszone (HOFMANN *Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Gatten nach §. 796 a. b. G. B.* w Grünh. I. str. 568 n.).

[11]) Ob. o tem HOFMANN j. w. w uw. 10, str. 546. Prawo to weszło do ustawy w miejsce legitymy małżonka, które mu przyznawał kod. gal. II. §. 562 (OFNER I. str. 466, 483). Małżonek pozostający prawo to ma z ustawy, zaczem nie może mu być ono odjęte rozporządzeniem ostatniej woli (HOFMANN str. 549). Por. zresztą orz. 3136, 3653, 6184, 6286. O tem będzie mowa w pr. spadkowem.

[12]) Tak RITTNER str. 314 n., ANDERS str. 97, OGONOWSKI str. 158, HUSSAREK str. 528, przeciwnie STUBENRAUCH do §. 90, PACHMANN *Kirchenr.* 3. wyd. str. 377 i HAIM. *Mag.* VII. str. 51, STROSS w *Jur. Bl.* 1888 str. 366, wątpliwie ULLMANN w Grünh. IV. str. 93, częściowo (pod względem pomocy medycznej dla chorego męża) NIPPEL do § 90. Por. także orz. z 11 marca 1853, *Ger. Ztg.* Nr. 92 z r. 1893 i orz. 9607. — Analogii z §. 796 u. c. nie ma, bo przepis §. 91 u. c. uzasadniony jest trwaniem stosunku małżeńskiego, gdy przeciwnie §. 796 u. c. prawo do utrzymania czyni zależnem od śmierci jednego z małżonków (Por. orz. 3653). KIRCHSTETTER do §. 91 i HUSSAREK str. 529 powołują się na §. 1264 u c., który jednak w razie separacyi

Natomiast z prawa kierowania gospodarstwem domowem, nadanego mu w §. 91 u. c., wynika dlań władza wydawania zarządzeń w tymże zakresie, które żona wedle sił swoich popierać i wykonywać ma, o ile tego porządek domowy wymaga (§. 92 u. c.), nie mogąc za to żądać wynagrodzenia. Gdyby mąż dobrowolnie wynagrodzenie takie uiszczał, byłaby to darowizna [13]). Władza męża rozciąga się także na ustanowienie wydatków z gospodarstwem domowem połączonych, o ile one środkami przezeń dostarczonymi opędzane być mają. Gdy zaś mąż ciężary małżeńskie, a więc utrzymanie żony i dzieci (§. 91, 139, 141 u. c.), ponosić winien, obowiązany jest ponosić koszta utrzymania gospodarstwa domowego, a odpowiada w tym zakresie nawet za zakupna, przez żonę na cele gospodarskie poczynione, wprost jako dłużnik bezpośredni [14]).

§. 447.

O prawie męża do zarządu majątkiem żony.

DOLLINER §. 116, 117; NIPPEL *Darstellung* §. 5—14; SCHEIDLEIN *Misc.* III. §. 88—95; SCHINDLER *In wie weit erstreckt sich das Vertretungsrecht d. Ehegatten?* w *Ztsch. f.*

---

przyznaje niewinnemu małżonkowi możność żądania stosownego utrzymania tylko „wedle okoliczności" (*nach Umständen*), t. zn. jeżeli tenże małżonek ma w ogóle prawo do utrzymania. ULLMANN w Grünh. IV. str. 93, wyraża się ostrożnie (*vielleicht...*). Wszelką jednak wątpliwość usuwają protokoły obrad. Czeski Tryb. apel pragnął w swem *monitum* wprowadzenia przepisu, iż wzajemnie żona obowiązaną jest żywić męża, który bez własnej winy popadł w ubóstwo. ZEILLER się temu sprzeciwił, twierdząc, że obowiązek taki nie da się uzasadnić naturą związku małżeńskiego. Uchwalono też nie korzystać z *monitum* (OFNER I. str. 73 n., §. 63). Że mimo to żona ma moralny obowiązek udzielenia pomocy mężowi w razie potrzeby, a zaniedbanie tego obowiązku pociągnąć może za sobą separacyę z powodu złośliwego opuszczenia małżonka (§. 109 u. c.) lub rozwód (§. 115 u. c.), zdaje mi się być niewątpliwem.

[13]) Por. orz. z 31 maja 1850 L. 4346 w *G. Z.* N. 139 z r. 1856.

[14]) Por. orz. 10603, także orz. z 10 marca 1886 L. 3871 w *Centr. Bl.* z 1886 str. 312.

oest. R. 1841 II. str. 92; RITTNER str. 317; OGONOWSKI str. 401; ANDERS §. 24 *b* (str. 100), *Grundr.* §. 28; KRAINZ-PFAFF §. 439.

Mimo odrębności majątków obojga małżonków, spólne pożycie pociąga za sobą o tyle zmięszanie się tychże majątków, że dopóki żona nie sprzeciwi się, mąż, jako jej zastępca, z mocy ustawy [1]) uchodzi w obec osób trzecich za upoważnionego do zarządu jej majątkiem [2]) (§. 1238 u. c.), jest więc upoważniony do podejmowania w jej imieniu wszelkich czynności, których wymaga zarząd cudzym majątkiem, chociażby czynności takie po za stosunkiem małżeńskim specyalnego wymagały pełnomocnictwa po myśli §. 1008 u. c. [3]). Które to

---

[1]) Na różnicę, jaka zachodzi między prawem zastępstwa żony z §. 1238 u. c., a obowiązkiem zastępstwa jej „we wszystkich przypadłościach życia" z §. 91 u. c. ust. ost., zwracałem uwagę wyżej §. 430 uw. 12.

[2]) Jakkolwiek przepis §. 1238 u. c. na pozór przedstawia się jako domniemanie, jest on regułą interpretującą wolę, gdyż zaniechanie sprzeciwienia się uznaje jako objaw woli powierzenia mężowi zarządu majątkiem.

[3]) Jeżeli niektórzy stawiają kwestyę w ten sposób: czy §. 1008 u. c. do zastępstwa żony przez męża da się zastosować, to takie postawienie kwestyi uważam za mylne. Pełnomocnictwo „domniemane" rozciąga się wedle treści §. 1238 u. c. tylko do zarządu i tym zakresem jest ograniczone, tak, iż po za „zarządem" mąż jako pełnomocnik (domniemany) uchodzić nie może. Innego ograniczenia nie ma, a w szczególności nie ogranicza ustawa upoważnienia jego do czynności, do których ogólne pełnomocnictwo wystarcza. W granicach zarządu mąż może sprzedawać i kupować n. p. zboże, sprzęty inwentarza, woły opasowe, wydzierżawiać i wynajmywać, podnosić pieniądze i wartości pieniężne, wytaczać procesy (n. p. o czynsz najmu, o naruszenie posiadania), zawierać ugody, nawet godzić się na sędziego polubownego, po za zarządem nie wolno mu przedsiębrać imieniem żony czynności, chociażby na to ogólne pełnomocnictwo wystarczało. W tem znaczeniu można powiedzieć, iż §. 1008 u. c. nie ma tu zastosowania. Jak w tekście KRAINZ-PFAFF §. 439 przy uw. 19. ANDERS str. 101. Por. SCHINDLER l. c. str. 437. Inaczej było w proj. terez. I. 3, 212, wedle którego mąż miał *eine stillschweigende Gewalt u. Vollmacht in Fällen, die keine besondere Vollmacht*

czynności należą do zarządu, jest rzeczą ocenienia konkretnego przypadku (*quaestio facti*). Domniemane to pełnomocnictwo nie uprawnia więc męża do rozrządzania substancyą majątku [4]).

Jako zarządca majątku żony, mąż w ogólności ma te same obowiązki, jakieby miał inny pełnomocnik, któremuby zarząd był oddany, z tą jednak różnicą, że odpowiedzialność jego sięga tylko do majątku zakładowego (kapitału), z pobranych zaś w ciągu zarządu pożytków nie ma obowiązku składać rachunku, chyba, gdyby to było wyraźnie między małżonkami umówionem. Odnosi się to tak do zapadłych, jakoteż i w przyszłości zapadających pożytków, gdyby je mąż w czasie swego zarządu był pobrał, tak, iż rachunek aż do dnia zniesienia zarządu uważany być musi za załatwiony (§. 1239 u. c.) [5]). Nawet z oprocentowania własnego długu,

---

erforderen. Mąż nie był tam także uwolniony od składania rachunków, l. c. 214 n. O dawniejszych prawach partyk. w tym przedmiocie ob. HARRASSOWSKI *C. Ther*. I. str. 120 n. uw. 24. Podobnie proj. HORTENA I 3, §. 77 n. Dopiero proj. MARTINIEGO III. 10, §. 14, zwolnił męża od rachunków, por. HARRASSOWSKI V. str. 198 uw. 9 i 10.

[4]) Praktyka sądowa przeważnie operuje §. 1008 u. c. I tak wymaga na tej podstawie orz. 3267 pełnomocnictwa wyraźnego do zawarcia kontraktu kupna (w danym razie słusznie, gdyż chodziło o kupno nieruchomości, co już nie należy do zarządu; lecz czyż mąż nie miałby prawa kupić n. p. owsa dla koni bez wyraźnego pełnomocnictwa?), orz. 7104 do zaciągnięcia pożyczki (na zakupno wołów), orz. 9019 do zawarcia ugody, orz. 10356 do rozwiązania kontraktu dzierżawy, natomiast orz. 7556 nie wymaga wyraźnego pełnomocnictwa do skargi o nawiązkę (z powołaniem się na §. 91 u. c.), orz. 4034 do skargi o naruszenie posiadania (słusznie, gdyż odparcie naruszenia takiego należy niewątpliwie do zwykłego toku gospodarstwa), orz. 1477 do wydzierżawienia spólnej realności i t. p. Podług orz. tryb. adm. BUDW. Nr. 154, uprawniony jest mąż w myśl §. 1238 u. c. do prezentowania parocha na opróżnione probostwo.

[5]) Uwolnienie to męża od rachunków nie jest identycznem z prawem użytkowania — jak to przedstawia ZEILLER III. str. 617 i ANDERS str. 101 (*ein präkäres Fruchtniessungsrecht*). Pobiera on bowiem pożytki te nie *jure proprio*, lecz *jure alieno*, co ma doniosłość praktyczną ze względu na wierzycieli męża lub żony.

należącego się żonie, mąż nie jest obowiązany do złożenia rachunku [6]); gdyby jednak podnosił pretensye z tytułu zarządu, winien złożyć rachunki jak każdy inny pełnomocnik [7]).

Żona ma prawo każdego czasu sprzeciwić się dalszemu zarządowi męża przez odpowiednie oświadczenie (§. 1238 u. c.) [8]), które w obec tego, że ustawa formy pewnej nie przepisuje, może nastąpić także milcząco, przez czynności konkludencyjne (§. 863 u. c.) [9]). Sprzeciwienie takie w obec męża będzie skutecznem zaraz [10]), w obec osób trzecich zaś tylko w pośród warunków §. 1026 u. c. [11]). „Domniemanie“ pełnomocnictwa żony, uzasadnione spólnością życia i zaufaniem do męża, nie ma miejsca:

a) jeśli małżonkowie żyją w separacyi lub są rozwiedzeni [12]);

b) jeśli żona jest niewłasnowolną, ponieważ zostaje wówczas pod względem majątkowym pod władzą ojca, opiekuna lub kuratora (§. 175, 187 u. c.) [13]);

c) jeśli mąż jest niewłasnowolnym, gdyż wówczas swoim majątkiem samodzielnie zarządzać nie może, a więc tem mniej majątkiem obcym [14]);

---

[6]) Por. orz. 9060.

[7]) Por. orz. 13259.

[8]) Por. orz. 12734, 15255.

[9]) Orz. 3564 upatruje takie (milczące) sprzeciwienie się we wniesieniu przez żonę (bezskutecznej) skargi o złożenie rachunków (?).

[10]) Por. orz. 14868.

[11]) Fakultet praski żądał, aby ze względu na osoby trzecie sprzeciwienie się koniecznie sądownie musiało być objawionem. To jednak odrzucono, „ponieważ ważniejsze czynności wymagają i tak osobnego pełnomocnictwa“, a kto się wdaje z mężem w interesa może łatwo (?) wiadomość zasięgnąć w sądzie (?) lub u żony samej (OFNER II. str. 142 §. 328). Praktyka dopuszcza sądowego wypowiedzenia (orz. 12734, 12997).

[12]) Por. ust. ost. §. 264 ust. z 25 paźdz. 1896 L. 220 dz. u. p.

[13]) Jej zaufanie do męża nie ma wówczas znaczenia.

[14]) Zarząd sprawowany przez męża ma na celu głównie skoncentrowanie majątków w jednym ręku. Ten cel osiągnięty być nie może, jeśli mąż własnym majątkiem zarządzać nie ma prawa.

d) jeśli żona, udzielając wyraźne pełnomocnictwo, ograniczyła w niem zakres działania męża, z pełnomocnictwa domniemanego wynikający [15]).

Żona zresztą — jak to się rozumie — może odwołać także i wyraźnie udzielone mężowi pełnomocnictwo, w którym to przypadku oczywiście i o domniemanem pełnomocnictwie mowy nie będzie. Gdyby żona takie wyraźne pełnomocnictwo udzieliła „na zawsze“, odwołać je może tylko w przypadkach nagłych lub też w razie niebezpieczeństwa strat (§. 1241 u. c.) [16]). Mąż jednakże w każdym razie jest upoważniony położyć tamę nieporządnemu gospodarstwu żony w ten sposób, że spowoduje przy zachodzących ustawowych warunkach uznanie jej za marnotrawczynię (§. 1241 u. c. ust. ost.) [17]).

W przypadku, gdyby żona odstąpiła mężowi przysługujące jej użytkowanie, a w czasie trwania małżeństwa sama z niego korzystała, nie ma obowiązku składania mężowi rachunku. Wolno jednakże małżonkom takie „milcząco przyznane sobie prawa zarządu“ uchylić (§. 1240 u. c.).

Żonie nie służy prawo zarządu majątkiem męża, jeśli jej wyraźnie nie zostało oddane, w którym to ostatnim razie jest ona zwyczajnym pełnomocnikiem, zaczem także i rachunki mężowi składać jest obowiązaną [18]).

---

[15]) Wyraźne oświadczenie woli neguje wówczas „domniemaniu“ ustawy.

[16]) Czy różnica w traktowaniu pełnomocnictwa żony, a innego, które podług §. 1020 u. c. całkiem bez ograniczenia, a więc nie tylko w „przypadkach nagłych i w razie niebezpieczeństwa“ odwoływane być może, była w intencyi redaktorów, jest wątpliwem. Dlaczego żona pod tym względem ma być gorzej traktowaną, aniżeli inny mocdawca? Trafnym wydaje się domysł OGONOWSKIEGO str. 409 n., że przepis §. 1241 u. c. pochodzi stąd, iż autorowie mieli na myśli §. 86 I. kod. józ., który jednakże jako regułę stawiał nieodwołalność pełnomocnictwa (§. 85), tak, że odwołalność w przypadku niebezpieczeństwa przedstawiała się jako wyjątek.

[17]) §. 331 III. kod. gal. wymagał pozwolenia najbliższych krewnych żony. To opuszczono, ponieważ o warunkach ogłoszenia za marnotrawcę ogólne reguły istnieją (OFNER II. str. 143, §. 331).

[18]) Zdanie ZEILLERA III. str. 616, za którym idzie OGONOWSKI str. 402 i uw. 2, jakoby przepis §. 1238 u. c. za-

§. 448.

O t. zw. dorobku i innych skutkach majątkowych małżeństwa.

NIPPEL *Darstellung* §. 15—19, §. 148—152; SCHEIDLEIN III. §. 86—87, §. 105—108; OGONOWSKI str. 400, 335 n.; ANDERS str. 106—108, *Grundr.* §. 29—31; KRAINZ-PFAFF §. 435; HOFMANN w Grünh. VIII. str. 305 n.

I. Odrębność majątkowa małżonków odnosi się — jak to już wyżej nadmieniono — także i do tego, co każdy małżonek w ciągu trwania spólności małżeńskiego pożycia „nabędzie“ lub też co w ciągu tego czasu „w jakikolwiek sposób na niego spadnie“ (§. 1237 u. c. ust. 1)[1]. Odróżnienie tego, co małżonek „nabywa“ (*erwirbt*) i tego, co na niego „spadnie“ (*auf was immer für eine Art überkommt*), wskazuje że wyraz „nabywa“ rozumieć należy w ściślejszem znaczeniu, t. j. nabycia przez własne działanie, — dorobek w ścisłem znaczeniu — w przeciwstawieniu do tego, co mu bez jego przyczynienia się przypadnie — n. p. drogą spadku.

Co do dorobku często może być trudnem wykazanie, od kogo, czy od męża, czy od żony pochodzi. Dla uregulowania kwestyi dowodu tego ustawa ustanawia domniemanie, że dorobek od męża pochodzi (§. 1237 u. c., ust. ost.), wychodząc widocznie z przypuszczenia, że w najczęstszych przypadkach mąż jest stroną zarobkującą[2]). Jestto t. zw. prawda

---

równo do obydwojga małżonków miał zastosowanie, a więc i żona miałaby uchodzić za domniemaną pełnomocnicę męża, dopóki tenże się nie sprzeciwi, nie ma podstawy w ustawie. Ob. KRASNOPOLSKI w Grünh. IX. str. 581. — Inaczej proj. terez. I. 3, 208 n.

[1]) W §. 327 III. kod. gal. był użyty zwrot: *erwirbt, ererbt und auf was immer für eine Art überkömmt.* Wyraz *ererbt* później opuszczono (niewiadomo kiedy), gdyż znajduje się jeszcze w proj superrewizyjnym (§. 1225).

[2]) *Monitum* śr. austr. trybunału apel. do tego §-fu szło o wiele dalej, gdyż dążyło do przyznania mężowi własności dorobku, przez pracę w spólnem gospodarstwie nabytego. Do-

tymczasowa (*Interimswahrheit*), a zasadę tę zastosować należy tylko tam, gdzie pod tym względem zachodzi wątpliwość" [3]). W każdym razie dopuszcza ona dowodu przeciwnego [4]). — W obec tego, że ustawa nie odróżnia, zasada ta ma zastosowanie tak w stosunku wzajemnym małżonków do siebie, jakoteż i w obec osób trzecich; [5]) — z drugiej strony odnosi się ona tylko do dorobku w ciągu małżeństwa nabytego, a więc nie ma zastosowania do majątku, który do małżeństwa przy zawarciu jego wniesiono, albo też do takiego nabytku, który wprawdzie przypadł żonie w ciągu małżeństwa, lecz nie pod chodzi pod pojęcie dorobku [6]).

II. Dopóki trwa spólne pożycie małżonków, zasiedzenie ani przedawnienie między niemi ani rozpocząć ani dalej postępować nie może (§. 1495 u. c.). Przepis ten zastosowywać należy analogicznie do pożycia małżeńskiego osób, których małżeństwo później za nieważne uznane zostało, — jednakże tylko na korzyść tego małżonka, który był w dobrej wierze, t. j. miał przekonanie, oparte na powodach prawdopodobnych, iż żyje w ważnem małżeństwie. Widocznym bowiem powodem prawodawczym przepisu §. 1495 u. c. jest okoliczność, że w ciągu spólnego pożycia małżeńskiego wzajemne prawa między osobami spólnie żyjącemi faktycznie nie dadzą się ściśle przestrzegać, ten sam powód zaś co do osób w dobrej wierze

---

mniemanie, dopuszczające dowodu przeciwnego miało — wedle tego wniosku — istnieć tylko co do rzeczy, w czasie spólnego pożycia dla gospodarstwa sprawionych (OFNER II. str. 142).

[3]) Podobną, lecz nie identyczną jest t. zw. *presumtio Mutriana* pr. rzymskiego (L. 51 *D. de donat. int. vir. et ux.* 24, 1), która opierała się na zakazie darowizn między małżonkami, nieznanym pr. austryackiemu.

[4]) Ze stanowiska męża przepis §. 1237 u. c. ust. ost. jest domniemaniem prawdziwem, gdyż zwalnia go od dowodu, że nabycie pochodzi od niego. Natomiast mąż nie jest wolnym od dowodu, że przedmiot, którego się domaga żona, sprawiony został w ciągu trwania małżeństwa (OGONOWSKI str. 401, por. orz. 2254).

[5]) Tak orz. 6319, przeciwnie orz. 6993.

[6]) Por. orz. 2254. Co do majątku odziedziczonego lub do małżeństwa wniesionego wątpliwość, do kogo należy — przy-

będących zachodzi, chociażby pożycie to spólne było tylko na pozór małżeńskiem [7]).

III. W obec odrębności majątkowej małżonków zdarzać się mogą między niemi — tak samo jak między innemi osobami — akty prawne rozmaitego rodzaju, w szczególności także akty alienacyjne. Faktyczne zmięszanie majątków, jakie pociąga za sobą pożycie spólne, jest powodem, że ustawa austr. dla niektórych aktów przepisuje pewne formy, mające na celu udokumentowanie ich częścią w interesie samych małżonków, głównie zaś w interesie osób trzecich, mianowicie wierzycieli, którzyby przez faktyczne zmięszanie przedmiotów majątkowych częstokroć pokrzywdzeni być mogli.

I tak: zawierane między małżonkami umowy o kupno, zamianę, o rentę i o pożyczkę tudzież przyznanie długu wymagają do ważności formy aktu notaryalnego (§. 1 lit *b* ust.

---

puściwszy dowód identyczności przedmiotu — z reguły powstać nie może. Por. ZEILLER III. str. 614.

[7]) WINIWARTER V. §. 159, STUBENRAUCH do § 1495 u. c., KRAINZ-PFAFF I. §. 155. — *Agere non valenti non currit praescriptio.* W kod. gal. §. 628 III. mówi: *Gegen solche Personen, welche ihren Gegentheil nicht gerichtlich aufzufordern vermögen, kann die Ersitzungs- oder Verjährungszeit nicht anfangen...* §. 629 zaś: *Die nämliche Ausnahme gilt auf für Ehegattinen... so lange sie noch unter... ehelicher Gewalt stehen.* W tych przepisach zaszły rozmaite zmiany i tak: to co było ustanowione tylko na korzyść żon, rozszerzono dla obojga małżonków, dalej wykluczono nie tylko rozpoczęcie, lecz i kontynuacyę zasiedzenia i przedawnienia, motywum jednakże widoczne z wstępnych słów § 628, — jakkolwiek ten ustęp opuszczono — pozostało to samo: faktyczna trudność dochodzenia praw. Dowodzi tego historya tego §-fu. ZEILLER wystąpił przeciw udzieleniu przywileju tego żonom: *auf die Ehegattinen, welche bei uns ungebundene Hände haben, soll die angetragene Begünstigung nicht ausgedehnet werden.* Inni jednak zatrzymać uchwalili ten przepis, *weil... der gegenwartige §... von den Rechten (dieser Personen) gegen jene Personen, von denen... das Verhältniss und der Zustand ihrer Begünstigung herrührt, handelt.* Na wniosek AICHENA zaś zrównano małżonków i zamiast *Ehegattinen* powiedziano: *zwischen Eheleuten* (OFNER II. str. 280 n.).

z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p.) [8]). Darowizny między małżonkami podlegają ogólnym przepisom (§. 1246 u. c.) [9]). Od zasady, że w przypadkach wątpliwych domniemanie nie przemawia za darowizną (§. 915 u. c.), istnieje jednakże na korzyść żony wyjątek tej treści, że tego, co mąż dał żonie dla ozdoby w stroju, drogich kamieniach i innych kosztownościach, w przypadkach wątpliwych nie uważa się za wygodzone, lecz za darowane [10]),

---

[8]) O skutkach pominięcia tej formy była mowa w ogóle wyżej I. §. 104, III. §. 272, — przy pożyczce IV. §. 347 i uw. 11, przy zamianie IV. §. 352, przy kupnie IV. § 354. Co się tyczy uznania długu, to w obec tego, że ma ono podług pr. austr. z reguły tylko doniosłość dowodową (ob. wyżej III. §. 363), może tu chodzić nie o ważność tegoż jako aktu prawnego, lecz tylko o siłę dowodową dokumentu (jak słusznie ANDERS str. 108 n., por. ROZTOCIL *Schuldbekenntnisse d. Ehegatten* w *Zt. f. Not.* z r. 1892 Nr. 14). W obec wyjątkowej natury przepisów ust. z 25 lipca 1871 praktyka sąd zastosowuje ją tylko do wymienionych tamże wyraźnie interesów. I tak: orz. 7462, 11061 uznawają za ważne zobowiązanie wekslowe między małżonkami (przeciwnie jednak orz. 13860), orz. 7699 i 9000 cesyę odpłatną, orz. z 1 grudnia 1881 L. 12056 w *Centralbl.* z r. 1883 str. 298 pretensyę regresową z tytułu zapłaty długu żony przez męża. Por. także RANDA Jaky ma učinek ominuti formy listiný notarské w Právn. (czeskim) 1877 str 356 n.

[9]) Uwydatniono to umyślnie w §. 1246 u. c. dla zaznaczenia różnicy z prawem pospolitem (OFNER II. str. 146, §. 340).

[10]) W kod. gal. III. §. 341 ustanowione było domniemanie wprost przeciwne. Referent wnosił opuszczenie tego §-fu z powodu, że byłoby zbyt uciążliwem dla kobiet, gdyby musiały na dowód darowizny wykazywać się dokumentami lub świadkami. Inni poczytywali domniemanie darowizny za krzywdzące krewnych i chcieli je ograniczyć do rzeczy mniejszej wartości, przeważyło jednak zdanie, że odpowiada ono zwykle zamiarowi męża i że położenie żony byłoby zbyt przykrem, gdyby n. p. w przypadku konkursu wierzyciele męża ściągali jej łańcuch z szyi lub pierścień z palca; głównie zaś przekonał — jak się zdaje — argument prezydenta, że mąż, gdyby nie chciał darować żonie kosztowności, lecz jej dał tylko do użytku, mógłby sobie zwrot wyraźnie zastrzedz, jak to u wysokich rodów bywa (OFNER II str. 146 n.). Domniemanie §. 1247 u. c. odnosi się wedle brzmienia swego tylko do kosztowności,

a to chociażby przedmioty takie zostawały w przechowaniu męża [11]).

IV. O darowiznach między zaręczonymi była mowa powyżej w §. 413. /O wzajemnych testamentach będzie mowa w prawie spadkowem [12]), o możności nastawania na ważność aktów między małżonkami i o stosunkach wytwarzających się skutkiem ogłoszenia upadłości do majątku jednego z małżonków, będzie mowa w ostatniej części systemu (T. VI) [13]).

---

dla stroju żonie oddanych. Argumentacya OGONOWSKIEGO str. 341 n., iż należy rozciągnąć je do wszystkich przedmiotów wartościowych, które, chociaż nie mają przeznaczenia służyć na jej utrzymanie, lecz zdolne są zaspokoić indywidualną jej potrzebę, — nie wydaje mi się słuszną. Autorowie jedynie odwrocili domniemanie §. 341 III. kod. gal., zatrzymując zresztą dosłownie wyliczenie przedmiotów; że zaś ten ostatni §. nie dał się w sposób rozszerzający tłumaczyć, jest oczywistem.

[11]) Por. orz. 692.

[12]) Orz. 7049, wpisane w rep. orz. N. 99, uznaje (słusznie), że wzajemny testament nie jest *pactum nuptiale*, lecz jako odwołalny należy do rozporządzeń ostatniej woli.

[13]) Stanowisko prawne kobiety handlującej wychodzi po za ramy wykładu powsz. pr. cyw. Ob. GÓRSKI Zarys pr. handl. I. (1900) str. 109—115.

ROZDZIAŁ II.

Umowne prawo majątkowe małżeńskie.

§. 449.

O umowach majątkowych małżeńskich w ogólności.

WINIWARTER *Ueb. d. rechtl. Verh. d. Eheg.* w ROSBIERSKIEGO *Annalen* 1812, str. 61 n.; NIPPEL *Darst.* §. 30—38; SCHEIDLEIN §. 1 n.; ULLMANN *Die Stellung d. Ehegatten im Concurse* w Grünh. IV. str. 91 n.; ANDERS §. 27, *Grundr.* §. 33; KRAINZ-PFAFF §. 435.

I. Umowy majątkowe małżeńskie (*Ehepacte* [1]) — *pacta nuptialia*) są to takie, które mają na celu uregulowanie majątkowych stosunków między małżonkami ze względu na zawarte lub zawrzeć się mające małżeństwo [2]) (§. 1217 u. c.).

[1]) Wyraz ten zatrzymano w ustawie dla majątkowych kontraktów małżeńskich chociaż uznawano, że dosłownie nie oznacza niczego innego, jak *Ehevertrag* (OFNER II. str. 133). Proponowane przez SONNENFELSA wyrazy: *Vermögensvertrag unter Eheleuten*, albo przez wiceprezyd. v. HAANA: *Verträge zwischen Eheleuten*, nie znalazły większości i słusznie, gdyż kontrakty maj. małżeńskie nie tylko między małżonkami zawierane być mogą. Por. G. R. *Zur Auslegung des terminus Ehepacten* w *Zt. f. Not.* 1886 Nr. 19, 20, ROZTOCIL *Zur Auslegung des term. Ehepacten* tamże 1892, Nr. 52.

[2]) Możnaby tu powiedzieć: na pewne (konkretne) małżeństwo. Nie będzie więc kontraktem maj. małż. umowa, mocą której ktoś przyrzeka drugiemu, n. p. posag na przypadek, gdyby zawarł małżeństwo z kimkolwiek. Wskazuje na to zwrot: *in Absicht auf die eheliche Verbindung* w §. 1217 u. c.

Mogą one być zawierane między małżonkami a względnie narzeczonymi [3]) samymi, lub też między jednym z małżonków (narzeczonych) a osobami trzeciemi; — mogą też mieć na celu uregulowanie stosunków majątkowych małżonków przez czas trwania małżeństwa, jako też na przypadek rozwiązania jego [4]).

II. Istotnym warunkiem skuteczności umów takich jest przedewszystkiem ważne istnienie małżeństwa, ze względu na które zawarte zostały. Umowy takie zawierane między narzeczonymi przedstawiają się więc jako warunkowe t. j. takie, których skuteczność zależy od tego, iżby ważne małżeństwo zawarte zostało (por. d. n. z 25 czerwca 1817 L. 1340 zb. u. s.), stają się zatem bezskutecznemi, jeśli małżeństwo zostanie udaremnione, a rozwiązują się, jeśli małżeństwo zostanie uznane za nieważne, skutkiem czego majątek wraca do poprzedniego stanu (§. 1265 u. c.) [5]). Umowy majątkowe małżeńskie przed stawiają się w stosunku do aktu zawarcia małżeństwa jako akcesoryjne.

III. Spólne wszystkim umowom małżeńskim jest, iż ustawa „do ich ważności" wymaga formy aktu notaryalnego (§. 1

---

[3]) Pierwotny wniosek ZEILLERA opiewał: *Der Heurathsvertrag wird bei oder nach der ehelichen Verbindung geschlossen* i tak uchwalono (OFNER II. str. 133 §. 313). Zamiast wyrazów *bei oder nach* zamieszczono później (w trzecim odczycie) wyrazy: *in Absicht auf die eheliche Verbindung* (OFNER l. c. str. 572 §. 1205). Stąd wynika, że kontr. maj. małżeńskie mogą być zawierane także i po zawarciu małżeństwa (orz. 9218, 9370).

[4]) Dla braku tego celu nie są kontraktami maj. małż. darowizny między narzeczonymi (§. 1247 u. c., KRAINZ-PFAFF §. 435 i uw. 7), lub małżonkami (§. 1246, 1247 u. c, por. co do tych ostatnich HOFMANN *Schenkungen unter Gatten u. Brautleuten*, Grünh. VIII. str. 286 n.). Nie potrzeba dodawać, że mogą to być tylko umowy, nie zaś rozporządzenia ostatniej woli, a tem samem wzajemne testamenty (Rep. orz. Nr. 99). Przeciwnie kontrakty dziedziczenia między małżonkami (§. 1217, 1249) lub narzeczonymi (dekr. nadw. z 25 czerwca 1817 L. 1340 zb. u. s). Por. mot. cyt. orz. rep. orz. 99.

[5]) W tekście niem.: *zerfallen die Ehepacte.* O tem będzie mowa poniżej w nauce o skutkach nieważności małżeństwa ze względu na umowy maj. małż.

lit. *a* ust. z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p.). Gdy jednak zwrot tego co dano na podstawie umowy, tylko dla braku formy nieważnej, nie może być żądanym (§. 1432 u. c.), przeto akt bezformalny nie jest „nieważny“, lecz tylko niezaskarżalny, a tem samem tworzy zobowiązanie naturalne, — to zaś, co bez przestrzegania takiej formy, a zatem bądź na podstawie bezformalnego aktu [6]) albo nawet i bez żadnego aktu [7]) uiszczono, nie może być przedmiotem żądania zwrotu [8]).

IV. Z ogólnych zasad o zawieraniu umów, które oczywiście i tu muszą być przestrzegane, wynika, że umowa małżeńska, któraby obciążała majątek osoby niewłasnowolnej, zawartą być winna z zachowaniem istniejących przepisów, wydanych dla osób niewłasnowolnych [9]).

Stąd, że umowy majątkowe małżeńskie nietylko przed zawarciem, lecz i w ciągu trwania małżeństwa zawierane być

---

[6]) Tak przeważnie praktyka sądowa, por. orz. 12027, 12926, 14231, 14400, 14720, 14935, 14937, przeciwnie orz. 13103, 13307, 14854. Jak w tekscie OGONOWSKI str. 199, nie całkiem jednak trafnie motywując swe zdanie (ob. KRASNOPOLSKI w Grünh. IX. str. 576, którego argumentów jednak również podzielać nie mogę). Ob. poniżej §. 452 uw. 3).

[7]) Orz. 12659, 14184, 14720, przeciwnie 10397. — Jak w tekscie OGONOWSKI str. 195 n., przeciwnie KRASNOPOLSKI w Grünh. IX. str. 575 n.

[8]) Oprócz wymienionych w uw. 6 i 7 autorów ob. co tej kwestyi POGATSCHNIG *Bedeutung der Formmässigkeit bei einz. Rechtsgeschäften* w *Centrbl.* XII (1895), str. 257. G. R. *Zur notar. Beurkundung von Rechtsgeschäften zw. Ehegatten* w *Zt. f. Not.* 1883 Nr. 41—43, 1884 Nr. 21. Szczeg. ROZTOCIL *Unzulässigkeit der cond. indebiti bei Hingabe von Geldsummen zw. Ehegatten ohne Notariatsakt* w *Zt. f. Not.* 1894 Nr. 49—51, BEŻEK *Worin kommt die im Notariatszwangsgesetze „angedrohte Ungiltigkeit zum Ausdruck?* tamże Nr. 50, 51, BLUMENFELD *Notariatszwang bei einem Dotalversprechen* w *Jur. Bl* 1886 Nr. 26, LEIPEN *Welche Rechte stehen den Ehegatten... zu?* (wykład w praskiej *Jur. Viertelj. Neue Folge* VII. (1891), str. 177 n. — O ustawie z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p. w ogóle ob wyżej IV. §. 347 w uw. 11).

[9]) Jeśli umowa tego majątku nie obciąża, zatwierdzenie nadopiekuńcze jest zbytecznem. Orz. 5523.

mogą[10]), wynika, że mogą być także, za zgodą interesowanych, zmieniane lub rozwiązywane, przyczem niema innych ograniczeń krom tych, które ustawa pod względem formy lub treści przy zawiązywaniu przepisuje. Przez zmianę w ciągu małżeństwa umowa może utracić charakter małżeńskiej, jeśli skutkiem zmiany odpadną istotne znamiona takiejże umowy [11]) [12]).

§. 450.

O posagu. 1) Pojęcie i przedmiot.

SCHEIDLEIN III. §. 3 n.; NIPPEL §. 39, 71 n.; OGONOWSKI str. 162, 188 n.; ANDERS §. 28, *Grundr.* §. 34 n.; KRAINZ-PFAFF II. §. 437.

---

[10]) Inaczej według prawa francuskiego art. 1394. Code Nap. Motywum prawodawcze tego przepisu jest, iż przed zawarciem małżeństwa każde z narzeczonych jest niezależnem, co mu dozwala przestrzegać swobodnie swych interesów pieniężnych, gdy przeciwnie po zawarciu z konieczności jedno dominuje nad drugiem (MOURLON *Rep. écrites* III. str. 1), motywum, które mi się nie wydaje przekonywającem, gdyż często narzeczeni są bardziej poddani wpływom wzajemnym, aniżeli małżonkowie.

[11]) I tak n. p. jeśli żona majątek, jako posag wniesiony, daruje lub sprzeda mężowi na własność, jeśli spólność majątkowa, na przypadek śmierci zawarta, zmienioną zostaje na spólność między żyjącymi, jeśli mąż majątek tytułem oprawy wniesiony daruje żonie na własność, albo żona oprawy się zrzeknie.

[12]) O warunkach skuteczności umów maj. małż. ze względu na wierzycieli handl. i prawa żony kupca, ob. art. 8 k. h. i §. 16 ust. wprow. kod. handl. O skutkach ich w przypadkach upadłości będzie mowa w ostatniej części systemu T. VI. Istniejące dawniej w niektórych krajach austr. protokoły umów maj. małż. zostały zniesione. Por. dekr. nadw. z 19 września 1818 L. 1498 zb. u. s. — W tabuli kraj. gal. istniały osobne księgi *pactorum dotalitium.* Ob. o tem CZEMERYŃSKI. Pr. pryw. I. str. 263 i uw. 27.

I. Posagiem (*Heiratsgut, dos*[1]) nazywa ustawa „majątek“ [2]), który oddaje albo zapewnia mężowi żona lub też „za nią“ ktoś trzeci, przeznaczając go dla ulżenia ciężarów, ze spólnością małżeńską połączonych (§. 1218 u. c.).

Jak to już wyżej powiedziano, wydatki, obejmujące utrzymanie domu i rodziny, ponosić winien mąż [3]). Jeżeli żona lub ktoś trzeci „za nią“ poświęca pewien „majątek“ w tym celu, aby z niego ponoszone były ciężary małżeńskie (*onera matrimonii*), nabiera on przeznaczenie, które staje się decydującem dla losów, jakim ulega. Wynika stąd mianowicie, że, jak długo związek małżeński istnieje, majątek ten winien pozostawać w ręku tego, kto ciężary małżeńskie ponosi, zatem w ręku męża (§. 1218, 1227 u. c.), że dalej majątek ten w ciągu trwania związku małżeńskiego nie powinien być swemu przeznaczeniu odjęty, zatem do ponoszenia ciężarów używany być powinien tylko *salva rei substantia* (§.1227—1229 u. c.), że zaś przeznaczenie jego ustaje w chwili, gdy związek małżeński istnieć przestanie, zatem mąż z tą chwilą do zwrotu jego jest obowiązanym (§. 1229 u. c.), w końcu — co się samo rozumie — że istnienie posagu wymaga istnienia ważnego małżeństwa, że więc, gdyby się okazało, iż małżeństwo

---

[1]) W kod. gal. II. §. 314 i nast. używano obok tego wyrazu także: *Aussteuer*, *Mitgabe*. Na wniosek wicepr. HAANA, który zwrócił uwagę na to, że to nie są synonimy, zdecydowano się na wyraz *Heirathsgut*. Obok tego używają dla oznaczenia posagu niem. wyrazów: *Brautschatz*, *Mitgift* i t. p. W języku naukowym niemieckim używają prawie wyłącznie wyrazu rzymskiego *dos* dla oznaczenia posagu w technicznem (rzymskiem) znaczeniu, w odróżnieniu od podobnych instytucyi prawa niemieckiego. O znaczeniu wyrazu „posag“ w pr. polskiem ob. WINIARZ Polskie pr. majątk. w wiekach średn., w rozpr. Akad. wydz. histor. filoz. T. 37 (i w osobnej odbitce).

[2]) Ustawa używa tu wyrazu „majątek“ (*Vermögen*) w znaczeniu przedmiotów majątkowych (§. 1227 u. c., ob. w tekscie pod II.).

[3]) Obowiązek utrzymania i wychowania dzieci przechodzi na żonę lub inne osoby tylko w braku męża lub gdyby tenże nie był w stanie dopełniać go (§. 143 u. c.).

jest nieważne, majątek, jako posag oddany, powraca do tego, kto ustanowił posag (§. 1265, 1266 u. c.)[4]).

II. Przedmiotem posagu może być wszelki przedmiot majątkowy, który się pozbyć i zużytkować da (§. 1227 u. c.). Tym sposobem objaśnia ustawa wyraz „majątek“, użyty

---

[4]) CZYHLARZ *Das röm. Dotalrecht* str. 17 pokłada prawną podstawę posagu w t. zw. *onera matrimonii*, dodaje jednakże zarazem, że nie jest on funduszem dla tych ciężarów przeznaczonym. Ciężary mimo wypłacenia mężowi posagu pozostają zawsze ciężarami męża, a posag tylko ułatwia mu ich ponoszenie przez to, że nadaje mu na czas związku małżeńskiego użytkowanie, albo nibyużytkowanie (*quasi ususfructus*) oddanych przedmiotów majątkowych. *Onera matrimonii* są tedy motywem dania posagu; ustawa przypuszcza, że każde małżeństwo pociągać za sobą musi pewne *onera*. Nie wynika jednakże stąd, aby posag można odebrać pod pozorem, że małżeństwo nie pociągnęło za sobą żadnych ciężarów dla męża, n. p. z tego powodu, że na mocy umowy żona wzięła na siebie obowiązek ponoszenia ich. Dawniejsza teorya (ob. BECHMANN *D. röm. Dotalr.* str 6, kładła na ciężary główną wagę tak, że ograniczała przedmioty posagu na takie, które podług swego naturalnego przeznaczenia wprost do zaspokojenia potrzeb ściśle małżeńskich służyć mogły. Por. GLÜCK *Pand.* T. 24 str. 434. Że takie ograniczenie nie było uzasadnione w pr. rz., ob. BECHMANN l. c.; że nie jest uzasadnione w pr. austr., dowodzi §. 1227 u. c. Za daleko idzie BECHMANN §. 3 n., który pragnąłby całkowicie usunąć *onera matr.* z pojęcia posagu, a określa posag jako datek, udzielony mężowi gwoli małżeństwa (*um der Ehe willen — ob causam matrimonii*), mający na celu zapewnienie żonie godnego w małżeństwie stanowiska. O tem zdaniu ob. WINDSCHEID §. 492 uw. 1, ARNDTS §. 395, CZYHLARZ str. 15 n., który to ostatni dowodzi, że gdzie istnieje małżeństwo, tam muszą być i ciężary tegoż, więc posag nie gwoli małżeństwa, lecz gwoli tychże ciężarów bywa ustanawiany. Gdyby nie ta relacya między istnieniem małżeństwa a obowiązkiem ponoszenia ciężarów, byłoby posagiem i to, co mąż daje żonie *matrimonii causa*; tak zaś nie jest (ani podług rzymsk , ani austr. pr.). Por. także OGONOWSKI str. 164 n. i uw. 1 i 2. Wiele trudności sprawia romanistom wyrażenie PAULUSA (*Lib. XIV. ad Sab.*): *dotis causa perpetua est.* O tem BECHMANN str. 17 i cyt. tamże aut., CZYHLARZ str. 20 n. Dla pr. austr. trudności te nie istnieją, gdyż ono takiego przepisu nie zawiera. Czy i o ile posag jest pomnożeniem majątku męża, o tem będzie mowa później.

w §. 1218, przytaczając przykładowo: gotowe pieniądze, odstąpione wierzytelności, rzeczy zużywalne i rzeczy mogące być używane z zachowaniem substancyi (niezużywalne), rzeczy ruchome i nieruchome (§. 1227 i 1228 u. c.), a więc w ogóle przedmioty majątkowe t. j. rzeczy w obszerniejszem słowa znaczeniu, obejmującem zmysłowe i niezmysłowe czyli prawa, wszystkie jednakże o tyle, o ile z natury swej czyli też z ustawy nie są niepozbywalne i użytkować się dadzą. Tego ograniczenia wymaga przeznaczenie posagu, ponieważ ustanowienie jego jest rodzajem pozbycia [5]), a rzeczy, któreby się użytkować nie dały, nie kwalifikują się do ułatwienia ciężarów małżeńskich. Nie mogą być przedmiotem posagu służebności osobiste w ogóle *quoad jus*, służebność użytkowania zaś tylko *quoad usum* [6]). Służebności gruntowe mogą nim być tylko z gruntem uprawnionym, prawo zastawu tylko z wierzytelnością, dla której jest ustanowione i w ogóle prawa zawisłe (akcesoryjne) tylko z prawem, którego akcesoryum stanowią, prawa uboczne zaś o tyle, o ile ich pozbycie bez prawa głównego jest możebne jak n. p. procenta od pewnego kapitału. — Ustanowienie posagu może także nastąpić w formie odstąpienia wierzytelności, objęcia długu [7]), uwolnienia od długu, w którym to razie przedmiot wierzytelności jest zarazem przedmiotem posagu. Kwestyę, czy majątek jako całość może być przedmiotem posagu, rozstrzygnąć należy przecząco, w obec tego, że majątek jako całość jest niepozbywalny (ob. wyżej I. §. 70), a chociażby takie ustanowienie nastąpiło, będzie ono zawsze odnosić się do przedmiotów w skład majątku wchodzących [8]), nie zaś do majątku jako całości. Podobnie rzecz się ma ze spadkiem [9]).

---

[5]) Pozbywalnemi muszą być rzeczy nie w tym celu, iżby mąż mógł je pozbywać, lecz iżby na cel posagu przeznaczone być mogły, a więc muszą być pozbywalne ze stanowiska ustanawiającego. Inaczej n. p. STUBENRAUCH do §. 1227, OGONOWSKI str. 189.

[6]) Orz. 3378 zaprzecza w ogóle możności ustanowienia jako posag prawa użytkowania, zd. m. niesłusznie. Ob. trafne motywa I. instancyi.

[7]) Por. orz. 8701.

[8]) Chociażby wszystkich — por. I. §. 103, ust. II.

[9]) Że nawet darowizna całego majątku lub części w sto-

§. 451.

2) Obowiązek wyposażenia.

SCHEIDLEIN III. §. 5—21; NIPPEL *Darst.* §. 47—63; OGONOWSKI str. 254 n.; ANDERS str. 123 n., *Grundr.* §. 39; KRAINZ-PFAFF II. §. 457.

I. Wedle §. 1218 u. c. posag ustanowić może żona (a ze względu na zawrzeć się dopiero mające małżeństwo — narzeczona) — albo ktoś trzeci „za nią". I w tym ostatnim przypadku posag jest „majątkiem" wniesionym do małżeństwa ze strony żony [1]). Żona do ustanowienia posagu z ustawy

---

sunku do całości obliczonej nie mieści w sobie sukcesyi pod tytułem ogólnym, przyznaje UNGER II. str. 210, chociaż poprzednio dopuszcza darowizny majątku jako ogółu praw majątkowych. Prawo spadkowe jako takie nie jest przedmiotem pozbywalnym, nie może być więc dane jako posag (OGONOWSKI str. 191 n.), tem mniej spadek przyszły osoby żyjącej (§. 879 ust. cyw.).

[1]) W kod. terez. I. 3 n. 66: *Heirathsgut... ist..., was das Weib oder die Eltern oder auch ein Anderer für das Weib dem Manne zur leichteren Ertragung der Ehelasten an Geld oder Gut bestellet.* Proj. MARTINIEGO III. 10 §. 2 mówi: *...das Vermögen, welches dem Manne von Seite seiner Ehegattin... übergeben oder.. zugesichert wird*; kod. gal. III. w §. 314 mówi już tylko o żonie: *...Vermögen, welches eine Ehegattin ihrem Manne... übergeben hat.* ZEILLER w komisyi dodał: *von der Ehegattin oder in ihrem Nahmen.* Na wniosek SCHEPPLA dodano jeszcze słowa: *oder für sie.* Później opuszczono wyrazy: *in ihrem Nahmen* (OFNER II. str. 134 i uw. 2) i tak zostało; powrócono więc do proj. terezyańskiego. Najpoprawniejszą wydaje mi się stylizacya MARTINIEGO, nie ma bowiem wątpliwości, że posag jest według zamiaru ustawy datkiem ze strony żony, ktokolwiek by go ustanowił. Na to wskazuje historyczny związek istytucyi posagu z rzymską *dos*, o której trafnie pisze CZYHLARZ *Dotalrecht* str. 15, że zwyczaj i tradycya wymagają nie tylko, iżby mężowi z powodu związku małżeńskiego w ogóle coś dano, lecz iżby datek ten pochodził od osoby, z którą związek małżeński zawiera. Czy więc ona sama wnosi posag, czy też kto inny za nią, jest obojętnem. Twierdzenie ANDERSA str. 114 i OGONOWSKIEGO str. 276, że ktoś trzeci, co daje posag, musi być poczytany za

nie jest obowiązaną, zależy ono od jej woli a względnie od tego, czy się do ustanowienia posagu w obec męża (narzeczonego) zobowiązała (§. 1219 u. c.). Jeśli jest niewłasnowolną, ustanawia z jej majątku posag jej zastępca prawny (ojciec, opiekun, kurator), a to gdy ustanowienie posagu jest rodzajem pozbycia — tylko za pozwoleniem sądu (§. 1219 u. c.)[2]).

II. Jeśli narzeczona nie ma własnego majątku, wystarczającego na posag odpowiedni, wówczas — a więc tylko subsydyarnie, powołane są do ustanowienia posagu, ewentualnie do uzupełnienia jego do miary odpowiedniej, osoby, które mają obowiązek żywienia i zaopatrzenia dzieci, a to w ogólności w tym porządku, w jakim do tego ostatniego są obowiązane[3]), więc w pierwszej linii ojciec ślubny, gdyby zaś tenże nie żył, lub nie był w możności dać posag, — ślubna matka, — gdyby zaś oboje rodzice nie żyli lub nie mieli odpowiednich środków, dziadkowie ojczyści, a po nich dziadkowie macierzyści[4]) (§. 1220, 141—143 k. c.). Do wyposa-

---

jej „zastępcę“ (*Stellvertreter*), uważam za mylne, jeśli wyraz ten użyty ma być w znaczeniu technicznem, gdyż działa on wprawdzie zamiast niej, a może i w jej interesie, lecz nie w jej imieniu i dysponuje nie jej, lecz swemi prawami.

[2]) Rozumie się, że w tym przypadku zawsze żona (narzeczona) jest tą, która ustanawia posag.

[3]) PFAFF-HOFMANN II. str. 455 i ANDERS str. 114 czynią różnicę między obowiązkiem wyposażenia (*Dotierung*), które jest datkiem udzielonym żonie z tytułu familijnego, a ustanowieniem posagu (*Dosbestellung*), który jest datkiem majątkowym, udzielonym mężowi z tytułu obligacyjnego. Krewni wstępni, mówią PFAFF-HOFMANN, uczynią zadość obowiązkowi wyposażenia, jeśli dadzą jej odpowiedni do swych zasobów majątek, chociażby nie ustanowili posagu mężowi. — To zdanie o tyle jest słusznem, że gdy córka lub wnuczka otrzyma majątek własny, z którego może ustanowić posag, wstępni według §. 1220 u. c. nie są obowiązani dać posagu mężowi. Obowiązek ten jednakże nie tylko wtedy odpada, jeśli córka ma majątek od wstępnych, lecz i wówczas, gdyby miała od kogokolwiek innego taki majątek.

[4]) ELLINGER do § 143 u. c., a za nim OGONOWSKI str. 261 utrzymują, że gdy obowiązek ten spada na dziadków, podług analogii porządku dla rodziców przeznaczonego, najpierw obowiązany jest dziadek, potem babka, bo nie ma powodu są-

żenia córki nieślubnej jednakże obowiązaną jest tylko nieślubna matka (§. 1220 ust. ost.), jakkolwiek w pierwszym rzędzie do utrzymania takiejże córki obowiązany jest ojciec nieślubny (§. 167 u. c.) [5]). Córka, pochodząca z małżeństwa nieważnego, jeśli przynajmniej jedno z mniemanych małżonków w niezawinionej nieświadomości o przyczynie nieważności zostawało, (małżeństwo mniemane, *Putativehe* §. 160) [6]), tudzież córka legitymowana *per subsequens matrimonium* (§. 161 u. c.) zrównane są ze ślubnemi; podobnie córka legitymowana *per rescriptum principis* (§. 162 u. c.) w obec tego rodzica, na prośbę którego legitymacya nastąpiła. Gdy dziecię adoptowane zyskuje przez adopcyę prawa dziecięcia ślubnego w obec adoptującego (§. 183 u. c.), przeto adoptowana córka może żądać wyposażenia od niego na równi z dziecięciem ślubnem; do innych członków tegoż rodziny prawa tego nie ma [7]), zachowuje zaś to prawo w obec swoich własnych rodziców i dziadków, jeśli w umowie adopcyjnej niema odmiennych postanowień [8]).

---

dzić, aby ustawa inaczej chciała traktować dziadków, aniżeli rodziców.

[5]) Ostatniego ustępu §. 1220 u. c. (o córce nieślubnej) nie było w kod. gal. (III. §. 316); nie ma też śladu aby był uchwalony przez komisyę. Nawet w proj. superrew. (§. 1208) niema tego przepisu, który więc prawdopodobnie już podczas druku przez referenta został dodany.

[6]) Por. §. 50 ust. o małż. katol. z 8 paźdz. 1856 L. 185 dz. u. p., zniesionej ust. z 25 maja 1868 L. 47 dz. u. p. i rozp. ces. z 3 czerwca 1858 L. 92 dz. u. p., tudzież poniżej w nauce o legitymacyi dzieci nieślubnych i KRAINZ-PFAFF II. §. 452 uw. 7, RITTNER str. 280 w uw. 5, w końcu pat. z 22 lutego 1791 L. 115 zb. u. s., §. 4 lit. *l*.

[7]) Ponieważ §. 183 u. c. wyraźnie mówi, że stosunek adopcyjny nie ma wpływu na nich, co o tyle nie jest prawdziwem, że w przypadku adopcyi dziecię adoptowane wyklucza prawo dziedziczenia krewnych wstępnych adoptowanego i wpływa po śmierci tegoż na podział majątku między dziećmi tegoż. — Por. uwagę SONNENFELSA (OFNER I. str. 169).

[8]) Kwestyę, czy córka adoptowana ma prawo żądać wyposażenia także od swoich rodziców, rozstrzygają powszechnie twierdząco, opierając się na ostatnim ustępie §. 183 u. c.: *dagegen verliert das Wahlkind die Rechte seiner eigenen Familie nicht,*

Prawo żądania wyposażenia jest ściśle osobistem, nie przechodzi więc na spadkobierców [9]) (§. 531 u. c.).

W przypadkach, gdy obowiązek wyposażenia lub uzupełnienia posagu trafia rodziców lub dziadków, miarą wysokości jego jest stanowisko społeczne i majątek zobowiązanego (§. 1220 u. c.[10]). Gdyby rodzice lub dziadkowie powoływali się

---

a różnica zdań polega tylko na tem, czy dziecię adopcyjne ma prawo wyboru, do kogo udać się ma o wyposażenie (NIPPEL VII. str. 554, STUBENRAUCH, ELLINGER), czyli też obowiązek rodziców własnych jest tylko subsydyarnym. (Tak inni, por. OGONOWSKI str. 262 uw. 2 i cyt. tamże autorów). — Z obrad nad §. 183 u. c. (OFNER I. str. 167) zdawać by się mogło, że ustęp ten mówi o prawach rodziny jako takiej, a w szczególności o szlachectwie. Przeciw temu jednakże przemawia §. 755 u. c., iż adoptowanym służy prawo dziedziczenia po rodzicach naturalnych, co ZEILLER uznał jako konsekwencyę powyższej zasady §. 148 I. (przy obradach nad §. 157 n., 158 I. kod. gal.) ustanowionej.

[9]) Por SVOBODA *Civilrechtsf. zur Beleuchtung der Natur des Rechtsanspruches auf ein Heirathsgut* w *Oest. Viertelj.* XI. str 259 n., tudzież orz. 14897. — Inaczej gdyby chodziło o prawo żądania posagu, już umową przyrzeczonego, orz. 8756 i mot. III. inst. orz. 14897.

[10]) Obrady o §. 316 i 317 k. gal. (OFNER II. str. 134 n.) pod tym względem nie pozostawiają wątpliwości. Na zapytanie bowiem wiceprezydenta, do kogo odnosi się wyraz *ihrem* (*Stande und Vermögen angemessenes Heirathsgut*) w §. 1220 u. c. wyjaśnił ZEILLER, że odnosi się do stanu i majątku rodziców, co jest najzupełniej uzasadnionem. Ob KRAINZ-PFAFF II. §. 457 przy uw. 2 *e* i 2 *f*. — Nie mogę się jednak zgodzić na twierdzenie KRAINZA l. c., iżby córka, która od rodziców tylko mały posag otrzymać mogła, miała prawo pociągać do uzupełnienia zobowiązanych subsydyarnie (dziadków). Posag choćby najmniejszy, jeśli odpowiada stanowi i majątkowi rodziców, musi wystarczyć córce. OGONOWSKI str. 264 n. (za którego argumentacyą idzie orz. I. inst *Centralbl.* XV. str. 159 Nr. 55) i ANDERS str. 125, w części także ZEILLER, biorą jako miarę socyalne stanowisko męża, do czego najmniejszej nie ma podstawy w ustawie. Przeciw temu też KRAINZ l. c. uw. 2 *e*. Milioner, który wydałby córkę za ubogiego urzędnika, byłby obowiązany do minimalnej dotacyi, przeciwnie ubogi urzędnik siliłby się daremnie na posag, gdyby wydawał córkę n. p. za prezydenta ministrów. Wszelką wątpliwość usuwa §. 1221 u. c.,

na to, że nie są w możności dania przyzwoitego posagu, sąd, na żądanie jednego z narzeczonykh ustanowić winien odpowiedni posag lub uwolnić rodziców lub dziadków od dania posagu, nie wdawając się jednakże w ściśle badanie ich stosunków majątkowych (§. 1221 u. c.)[11]).

Obowiązek wyposażenia córki (lub wnuczki), chociażby nie miała własnego majątku, odpada:

1) jeśli wyszła za mąż bez wiedzy rodziców[12]), lub wbrew ich woli, a w tym ostatnim przypadku sąd powód odmowy pozwolenia uzna za usprawiedliwiony[13]), a to chociażby ro-

---

który każe sądowi badać (chociaż nie ściśle) stan majątku rodziców i podług tego wymierzać wysokość posagu, nie zaś stanowisko socyalne męża (narzeczonego). W §. 316 i 317 III. kod. gal. jako minimum posagu ustanowiono tyle, ileby rodziców lub dziadków kosztowało dalsze utrzymanie niezamężnej córki. Otóż tu nie ma wątpliwości, że miara nie była braną ze stanowiska męża lub narzeczonego. — Uchwalono jednak wyrazy: *ein zu ihrem Unterhalte hinlängliches Vermögen*, zastąpić zwrotem: *ein zu einem angemessenen Heirathsgute hinlängliches Vermögen.*

[11]) Dochodzenie to nastąpić winno podług przepisów o postępowaniu niespornem (orz. 9190, 10665, 10983, por. orz. z 3 marca 1896. *Centrbl.* XIV. Nr. 293, str. 772). Gdyby jednak rodzice wprost zaprzeczali istnienia obowiązku do wyposażenia, prawo dochodzone być by mogło tylko drogą procesu (orz. 14716).

[12]) Mowa tu oczywiście o córce własnowolnej, która, wychodząc za mąż bez wiedzy rodziców, uchybiła tem samem obowiązkowi pietyzmu; małżeństwo małoletniej bowiem w ten sposób ważnie zawarte być nie może. W kod. gal. I. §. 123 wyraźnie to było powiedziane: ...*doch verletzen auch volljährige Kinder die ihren Eltern schuldige Ehrfurcht, wenn sie ohne ihr Wissen... einen Ehevertrag eingehen.* Stąd wynika, że gdyby zamęście bez wiedzy rodziców nastąpiło w ten sposób, iżby tem nie uchybiono pietyzmowi, n. p. z powodu niewiadomego tychże pobytu, to nie byłby to powód usprawiedliwiający odmowę posagu. — (OGONOWSKI str. 270 i cyt. tamże uw. 1 autorowie).

[13]) Uznanie powodów odmowy pozwolenia nastąpić może oczywiście tylko w razie zamęścia wbrew woli rodziców. — §. 123 kod. gal. poczytywał takie dziecię, jak gdyby było się zrzekło dalszej pomocy od rodziców... *nur die ganz unentbehrliche Nahrung dürfen sie (die Eltern) ihm nicht versagen.*

dzice później na małżeństwo się zgodzili (§. 1222 ust. cyw.)[14];

2) jeśli córka (lub wnuczka), otrzymawszy już raz posag, utraciła go chociażby bez własnej winy, a to chociażby drugi raz wychodziła za mąż (§. 1223 u. c.), — z czego wynika, że, spełniwszy raz obowiązek wyposażenia, nikt do ponownego wyposażania zniewolony być nie może ani też obowiązany nie jest do uzupełnienia posagu z powodu późniejszych zmian w stosunkach majątkowych[15];

3) jeśli uprawniona tego prawa ważnie się zrzekła (§. 1444 u. c.). Gdyby takie zrzeczenie się odnosiło się tylko do pewnego małżeństwa — co w wątpliwości przypuszczać należy (§. 915 u. c.), obowiązek wyposażenia nie gaśnie względem innego (ponownego) małżeństwa (arg. z §. 1223 u. c.)[16].

Ostatni ustęp został później opuszczony (OFNER I. str. 146 §. 123, II. str. 352 §. 115, II. str. 429).

[14]) Widocznie ustawa nie chciała stanąć na przeszkodzie zgodzeniu się rodziców na fakt dokonany. — Chodzi tu o wiedzę lub pozwolenie tylko rodziców, nie zaś dalszych wstępnych, bo ich pozwolenie w ogóle nie jest wymaganem... *weil von der mit dem Alter eines Grossvaters verbundenen Schwäche zu oft Abweichung von der Gesinnung und Denkungsart des Enkels, mithin oft nur eigensinnige Verwerfung seiner Wahl zu besorgen stehe.* (Por. OFNER II. str. 338, 340, 498 n.).

[15]) Gdyby córka utraciła posag dany przez kogo trzeciego, do uposażenia nie obowiązanego, niewątpliwie mogłaby — o ile to prawo w ogóle by jej służyło — wymagać od rodziców uposażenia

[16]) Obowiązek wyposażenia istnieje tylko w obec córki, dlatego tylko córka może się zrzec wyposażenia. Konsekwentnie stanowił §. 319 III. k. gal., że zrzeczenie się narzeczonego nie ma wpływu na prawa narzeczonej (żony). W dyskusyi nad tym §-fem (OFNER II. str. 136 n.) wiceprezydent wypowiedział zdanie, że tylko narzeczonemu służy prawo do posagu (?), nie zaś narzeczonej, więc tylko on się tego zrzec może. Postanowiono wówczas §. ten opuścić. Trudno pojąć, jak wiceprezydent coś takiego twierdzić mógł, skoro bezpośrednio przedtem uchwalono §. 318 (odpowiadający §. 1223 u. c.), w którym wyraźnie mowa o prawie córki żądania wyposażenia, a bezpośrednio potem uchwalono §. 322 (§. 1225 u. c.), który stanowi, że mąż tylko wtenczas ma prawo żądać posagu, jeśli sobie go przed ślubem wymówił, według §. 316 kod. gal (§. 1220 u. c.). —

Gdyby było wątpliwem, czy posag pochodzi z majątku rodziców czy też narzeczonej, ustawa stanowi domniemanie, że pochodzi z majątku narzeczonej. Gdyby jednak rodzice wypłacili byli posag małoletniej córki bez pozwolenia sądu opiekuńczego, ustawa się domniemywa, że uczynili to z własnego majątku (§. 1224 u. c.). Rozumie się, że obydwa te domniemania dopuszczają dowodu przeciwnego[17]).

III. Mąż (narzeczony) nie ma prawa żądać posagu ani od rodziców ani od żony, jeśli mu przyrzeczony nie został. Obowiązek wyposażenia istnieje tylko w obec żony. Gdy jednak posag przed ślubem przyrzeczony został, staje się płatnym zaraz po zawarciu małżeństwa, jeśli innego terminu wypłaty nie ustanowiono w umowie (§. 1225 u. c.)[18]). Gdy ustawa prawo żądania wyposażenia nadaje c ó r c e (wnuczce) przy zamęściu (*bei deren Verehelichung*, §. 1220 u. c.), przypuszczać należy, że skoro przy zamęściu z tego prawa nie skorzystała, po zamęściu prawo to jej nie służy[19]). Jak to już zresztą

Prawda jednakże, że jeśli narzeczony nie przyjmie posagu, to co rodzice celem wyposażenia córki jej dadzą, nie stanie się posagiem, lecz jej własnością (majątkiem parafernalnym).

[17]) Pierwsze domniemanie uzasadnia ZEILLER III. str. 591 tem, *weil man Schenkungen nicht vermuthet*, drugie tem, ażeby rodzice nie wypłacali posagu małoletniej bez pozwolenia sądowego. Trudno jednak przypuszczać, aby w praktyce zdarzyła się wątpliwość w tym §-fie przewidziana. Nie znalazłem w zbiorach orzeczeń przypadku, w którymby §. ten miał był zastosowanie.

[18]) Ze stylizacyi pierwszego ustępu §. 1225 u c. mogłoby się wydawać, że mąż także i wówczas nie ma prawa żądania wypłaty posagu, jeśli mu posag po zawarciu małżeństwa przyrzeczono. Nie ma jednak wątpliwości, iż przepis ten — nie bardzo szczęśliwie stylizowany — ma tylko to znaczenie, że mąż jedynie na podstawie umowy posagu domagać się może, zatem jeśli chce posagu, to się o to upomnieć może tylko przed ślubem, a gdyby mu nie chciano dać, może zaniechać małżeństwa (ZEILLER III. str. 592), że jednakże z dokonanego przyrzeczenia skarżyć może, chociażby po ślubie dane zostało.

[19]) Praktyka sądowa przyznaje to prawo córce także i po zamęściu (orz. 13024, 12643, 12976, także I. inst. w orz. z 3 marca 1896. *Centralbl.* XIV. str. 772), lecz żąda dochodzenia drogą procesu cywilnego (orz. 3027, 14716). Wyrazy:

wyżej powiedziano, córka nie ma też prawa żądania wyposażenia przy ponownem małżeństwie, jeśli już raz posag otrzymała (§. 1223 u. c.) — z czego wynika, że gdyby przy pierwszem nie otrzymała posagu, miała by prawo żądać go przy drugiem.

IV. Jeśli ktoś trzeci, nieobowiązany do wyposażenia, ustanawia posag, zależy oczywiście wyłącznie od niego, w jakiej wysokości i pod jakimi warunkami ustanowić go zechce. (§. 1218, 1229 u. c.).

---

bei deren Verehelichung (§. 1220 u. c.) tłumaczy najw. tryb. w ten sposób, iż córka wcześniej jak przy zamęściu uposażenia żądać nie może, z czego nie wypływa, iżby, nie żądawszy przy zamęściu, później żądać nie mogła. Jeżeli się jednak zważy, że autorowie ustawy właściwie tylko narzeczonemu przyznawali prawo do posagu (ob. wyżej uw. 16) i że z §. 1220 n. u. c. zdaje się wynikać tendencya, aby rodzice byli wolni od obowiązku dania posagu, jeśli go przy zamęściu nie żądano (§. 1225 u. c.), zdanie w tekscie wyrażone ma więcej za sobą, tem bardziej, że §. 319 III., który mógłby przeciwne zdanie popierać, został opuszczony. W przeciwnym razie trzeba by córce przyznać prawo żądania uzupełnienia posagu w każdym przypadku, gdyby w ciągu małżeństwa własny jej majątek uległ zmianie niekorzystnej, co oczywiście w zamiarze ustawy być nie mogło Tak samo jak rodzice nie mogą żądać zwrotu posagu, gdyby córka w ciągu małżeństwa się wzbogaciła, tak samo nie mogą być pociągani do dania posagu, gdyby córka, w chwili zawarcia małżeństwa majętna, zubożała. Historya §. 1220 n. wyraźnych pod tym względem skazówek nie daje. W projekcie komisyi kompilacyjnej było postanowienie, że subsydyarny obowiązek uposażenia istnieje tylko przed zawarciem małżeństwa. W kom. rewizyjnej MÜHLENDORFF poruszył, ażeby ojca uwolnić od tego obowiązku, jeśli przed ślubem nikt tego nie żądał. W proj. terez. I. 3 n. 71 postanowiono, że żądanie tak przed jak i po zawarciu małżeństwa nastąpić może wówczas, gdyby ojciec lub opiekun z majątku córki wzbraniał się ustanowić posag, czem zdaje się być stwierdzonem, że z majątku rodziców tylko przed ślubem posag żądany być może Por. HARRASSOWSKI I str. 99 n. w uw. 14. Podobnie proj. HORTENA I. 3 §. 33, 34. Por. także §. 42 i proj. MARTINIEGO III. 10, §. 4 n.

§. 452.

3) Akt ustanowienia posagu i potwierdzenie odbioru.

SCHEIDLEIN III. §. 27; NIPPEL *Darst.* §. 71; ULLMANN *D. Stellung d. Eheg. im Conc.* w Grünh. IV. str. 91 n.; OGONOWSKI str. 192 n., 200—254; ANDERS str. 117 n., *Grundr.* §. 36, 38; KRAINZ-PFAFF II. §. 437, 438.

I. Posag ustanowiony być może umową albo też rozporządzeniem ostatniej woli. O tem ostatniem będzie mowa poniżej w nauce prawa spadkowego. Umową zaś posag ustanowiony być może bądź w ten sposób, *a*) iż ustanawiający zobowiąże się w obec męża (narzeczonego) do oddania mu pewnych przedmiotów majątkowych z przeznaczeniem ich na posag (przyrzeczenie posagu, *promissio dotis*, *Zusicherung des Heirathsgutes)*, bądź też w ten sposób, iż *b*) bez poprzedniego przyrzeczenia odda mu pewne przedmioty majątkowe z równoczesnem przeznaczeniem ich na posag (oddanie posagu, *traditio dotis causa*, *Uebergabe des Heirathsgutes*, §. 1218 u. c.). Tak w jednym jak i drugim przypadku umowa przychodzi do skutku między ustanawiającym posag a mężem lub narzeczonym [1]), ważność jej zaś zależy od ważności małżeństwa tak, iż w razie gdyby małżeństwo albo wcale zawarte nie zostało, albo gdyby się okazało, że jest nieważnie zawartem,

---

[1]) Przyrzeczenie lub oddanie przedmiotów majątkowych żonie lub narzeczonej, nie jest więc ustanowieniem posagu; — może być darowizną, jeśli pochodzi od osoby do ustanowienia posagu nie obowiązanej, może być spełnieniem obowiązku, jeśli pochodzi od osób obowiązanych i uskutecznione bywa w pośród warunków, w których taki obowiązek powstaje. Przedmioty jednakże przyrzeczone lub oddane żonie lub narzeczonej, nie nabierają przymiotu majątku posagowego, w szczególności mąż z takiego aktu nie nabywa prawa żądania, aby one dla ulżenia ciężarów małżeńskich użyte były, jeśli żona ich dobrowolnie w tym celu nie poświęci. — Judykatura sąd. i tu jest rozmaitą. Zgodnie z powyższem zapatrywaniem orz. 1352, 10036, 10329, przeciwnie 11822, 12231, 12258, 12279, 12964 i t. d.

przedmioty oddane żądane być mogą na powrót, a gdyby nie były jeszcze oddane, obowiązku oddania ich niema (§. 901 u. c.). W tych bowiem przypadkach okazuje się, że warunek pod jakim poświęcone zostały przeznaczeniu swemu, nie spełnił się, innemi słowy, że podług zamiaru stron to co posagiem być miało, posagiem się nie stało, lub też stać się nie mogło [2]).

II. „Ważność“ kontraktów małżeńskich w ogóle, a tem samem także ustanowienia posagu, czyni ustawa z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p. zależną od tego, iżby we formie aktu notaryalnego zawarte były. Ze względu na §. 1432 u. c., który wyklucza żądanie zwrotu tego, co było świadczonem na podstawie aktu tylko dla braku formy nieważnego, dojść musimy do przekonania, że nieważność aktów, o których wspomina §. 1 cyt. ust., jeśli w formie przepisanej tą ustawą zawarte nie zostały, nie jest nieważnością materyalną, lecz jedynie nieważnością formalną czyli niezaskarzalnością tychże, że więc dopełnienia takich aktów nieformalnych drogą sądową skutecznie domagać się nie można, gdyby jednakże dopełnione zostały, skutki tego dopełnienia cofnąć się nie da-

---

[2]) W umowie, którą posag przyrzeczono lub oddano, cel ten zawsze wyraźnie oznaczony być musi, inaczej nie ma ustanowienia posagu Por. PFAFF *Die Clausel rebus sic stantibus* str. 69 n. W nauce prawa posp. operują w tym przypadku pojęciem „przypuszczenia“ (*Voraussetzung* — o nauce tej ob. WINDSCHEID *Die Lehre v. d. Voraussetzung*). O skargach o zwrot (*condictio causa data, causa non secuta*, §. 1435 u. c.), ob. wyżej IV. §. 410 pod II. — Co do rozciągłości zwrotu por. PAVLICEK *Zur Lehre v. d Klagen aus unger. Bereicherung*, str. 112 n., KRAINZ-PFAFF II. §. 414, także OGONOWSKI str. 195, chociaż wywody jego w wielu punktach uważam za mylne. — Że autorowie ustawy skargę o zwrot posagu w razie niedojścia do skutku małżeństwa poddawali pod przepis §. 1435 u. c., wynika stąd, iż w odpowiadającym temu §-fowi §. 401 III. kod. gal. przytoczony był przykład: *daher muss der Bräutigam, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, das vorhin empfangene Heirathsgut... zurückstellen.* Przykład ten, zarówno jak i drugi, w tym §-fie zawarty, później opuszczono (OFNER II. str. 252 i 448 przy §. 557) z powodu, że wysnuwanie konsekwencyi z przepisów jest rzeczą zastosowania ustawy, a nie należy do ustawy.

dzą. Stąd wynika, że „nieważność“ aktu ustanowienia posagu objawić się może tylko w tych przypadkach, w których możliwym jest spór sądowy o dopełnienie obowiązków, takim nieformalnym aktem przez ustanawiającego przyjętych, a więc tylko przy t. zw. przyrzeczeniu posagu; natomiast w razie oddania posagu, dokonanego czy to jako dopełnienie takiego przyrzeczenia, czyli też bez przyrzeczenia, kwestya „ważności“ lub „nieważności“ aktu — identyczna z kwestyą zaskarżalności lub niezaskarżalności jego — wcale powstać nie może [3]).

---

[3]) Do tego rezultatu dochodzą też liczne orzeczenia najw. tryb. (cytujemy tylko nowsze): 12027, 12659, 12926, 14184, 14231, 14400, 14720, 14935, 14937 — (przeciwnie za nieważnością materyalną 10397, 13103, 14854). O tej kwestyi ob. zresztą bardzo obfitą literaturę, cyt. w GELLERA *B. G. B.* 1900 wyd. mniejsze) w dop. do §. 883 u. c. Zdania w tekscie podniesionego broni też obszernie OGONOWSKI str. 195 n., jednakże argumentami wcale nieprzekonywającymi, jak n. p. że zastosowanie ust. z 25 lipca 1871 do rzeczowego ustanowienia posagu byłoby *zweck- und sinnlos,* że *terminus Ehepacte* używa ust. cyw. austr. tylko w zastosowaniu do umów obligacyjnych (?), że *promissio dotis* jest *pactum de contrahendo*, że austr. ust. cyw. przy kontr. rzeczowych wymaga tylko *causam* w znacz. podmiotowem, t. zn. że mimo nieważności aktu, przejście własności następuje i t. p. To wytknął mu też słusznie KRASNOPOLSKI w rec. Grünh. IX. str. 575 n. Jeżeli jednakże KRASNOPOLSKI podnosi — i tu znowu słusznie — że zachodzi różnica między ustanowieniem a wypłatą (*numeratio*) posagu, to zważyć należy, że autorowie ustawy tej różnicy — nie powiem, aby nie znali, lecz nie czynili, a w szczególności, że szukając tytułu zobowiązania, znajdywali nawet przy kontraktach, przychodzących do skutku *re,* tytuł, poczytując świadczenie, chociażby uczynione w celu zawiązania stosunku obligacyjnego dokonane, za dopełnienie. W obec tego zresztą, że dopełnienie przyrzeczenia posagu jest niewątpliwie zapłatą (*Zahlung*) zobowiązania dla braku formy nieważnego, a zatem w myśl §. 1432 u. c. kondykcyi nie ulega (por. ULLMANN l. c. str. 122 n.), nie widzę powodu, dlaczego miałaby ustawa dozwalać kondykcyi w przypadku, gdyby bez poprzedniego przyrzeczenia oddanie posagu nastąpiło, a nie dozwalać, gdyby poprzednio wypłatę nieformalnie przyrzeczono. Wszak w tym ostatnim przypadku — jak przeciwnicy twierdzą — także przyrzeczenia (ważnego) nie ma? Że autorowie ustawy z 25 lipca

III. Czas dopełnienia obligacyjnej umowy posagowej zależy przedewszystkiem od woli zgodnej stron; — gdyby pod tym względem nic nie postanowiły, mąż ma prawo żądać wypłaty zaraz po ślubie (§. 1225 u. c.). Kto posag wypłaca, ma prawo żądać od męża potwierdzenia odbioru (§. 1426 u. c.) we formie aktu notaryalnego (§. 1 *b* ust. z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p.). Ze względu bowiem na §. 1226 u. c. i cyt. ust. z 25 lipca 1871, tylko w tej formie wystawione potwierdzenie stanowi przeciw każdemu dowód. Przeciw odbiorcy natomiast dopuszczalne są zawsze wszelkie inne środki dowodowe [4]). O doniosłości potwierdzenia odbioru posagu

---

1871 nie zdawali sobie sprawy z konsekwencyi tego, co uchwalili, z debat o tym przedmiocie jest oczywistem. Że zamierzali uświęcić nieważność materyalną aktu, to co do umów majątkowych małżeńskich jest również jasnem, gdyż pod tym wzlględem nie było nawet odmiennych zdań; — ale równie pewnem jest, że skoro nie liczyli się z §. 1432 u. c., zamiar ten nie znalazł wyrazu w ustawie.

[4]) Potwierdzenie odbioru jest zawsze tylko aktem dowodowym. Jeśli ustawa z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p. mówi o „ważności“ potwierdzenia odbioru, może mieć na myśli tylko ważność dowodową. Sama wypłata posagu przez to nieważną, a zatem nieprawdziwą się nie staje, jeśli jej nie potwierdzono aktem notaryalnym. Gdy zaś wypłacającemu posag zależeć musi na tem, ażeby otrzymał dowód wypłaty, ważny nie tylko przeciw odbiorcy, lecz także i przeciw osobom trzecim, takim zaś po myśli §. 1226 u. c. i cyt. ust. jest tylko potwierdzenie w formie aktu notaryalnego dokonane, wynika stąd, że wypłacający nie potrzebuje zadowolnić się innym, n. p. ustnem lub tylko pisemnem potwierdzeniem, lecz może i ma prawo żądać potwierdzenia „ważnego“, a zatem w formie aktu notaryalnego dokonanego. Nie wynika zaś stąd, iżby dokonanej wypłaty nie mógł w obec odbiorcy udowodnić innymi, w ustawie sąd. przewidzianymi środkami dowodowymi. Tak też praktyka sąd. Por. orz. 10912 (dowód ze świadków), 12659 (z przyznania), 12662 (z przysięgi), 12926, 13987, 14935, 14937, (przeciwko osobom trzecim zaś) 10397 — Jeśli ten, co wypłacił posag, nie postarał się o potwierdzenie odbioru w formie notaryalnej, będzie musiał, chcąc je drogą procesu uzyskać, innymi środkami udowodnić zapłatę. — I w kwestyi potwierdzenia posagu panuje, dzięki powierzchownej i nieobmyślanej ustawie z 25 lipca 1871, pożałowania godna niejasność. Por. n. p. orz. 13187, — orz.

w przypadkach upadłości będzie mowa poniżej w nauce o upadłości [5]).

§. 453.

O stosunkach prawnych z ustanowienia posagu się wywiązujących.

SCHEIDLEIN III. §. 27—33, 39; NIPPEL *Darst.* §. 72—78; OGONOWSKI str. 281 n.; ANDERS str. 115 n., 127 n., *Grundr.* §. 40; KRAINZ-PFAFF §. 438; KRASNOPOLSKI w rec. Grünh. str. 574 n.

I. Skutkiem objęcia przedmiotów posagowych mąż nabywa na czas trwania małżeństwa takie do nich prawa, jakie do zrealizowania celu posagu t. j. ułatwienia ciężarów małżeńskich są konieczne, a więc prawo użytkowania posagu wraz z przyrostem. To prawo przybiera formę prawdziwego użytkowania wówczas, gdy przedmiotem posagu są rzeczy, których prawidłowy użytek z zachowaniem substancyi jest możebny, a więc: dobra nieruchome, prawa i ruchomości nieznikome, ulokowane i oprocentowane kapitały, prawa poboru

---

5 paźdz. 1888 *Centr. Bl.* 1889 str. 558. Rozważyć należy, jakie zawikłania materyalne powstać mogą, jeśli się — jak powyższe orzeczenia — stanie na stanowisku niedopuszczalności żadnego innego środka dowodowego. Przypuśćmy, że posag został, najzupełniej podług tej ustawy, ustanowiony aktem notaryalnym, lecz potwierdzenia notaryalnego nie ma. Cóż z oddanym majątkiem się dzieje? Mąż, który otrzymał posag, staje się wolnym od jego zwrotu, a to nawet chociażby przyznał ustnie przy świadkach lub nawet dokumentem notaryalnie legalizowanym, że go odebrał, bo takie przyznanie jest nieważne! Z jakiegoż tytułu więc go zatrzymuje? Czy żona lub jej spadkobiercy tracić mają cały majątek dlatego, że ten, kto ustanowił posag, zaniedbał żądać potwierdzenia notaryalnego? Do takich dziwolągów dochodzimy na podstawie ustawy z r. 1871.

[5]) §. 49, 50 ust. konk. Dawniejsza literatura o tym przedmiocie, z powodu nowszej ust. konk. z r. 1868 i ust. z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p., już jest przedawnioną. Ob. wykaz jej u GELLERA *Bgl. Ges. B.* przy §. 1226 u. c. — Z nowszych ob. OGONOWSKI str. 227 n., ULLMANN l. c. str. 122 n.

rent i t. p.: natomiast przybiera formę niby-użytkowania (*quasi ususfructus*) jeżeli przedmiotem posagu są rzeczy, których prawidłowy użytek z zachowaniem substancyi nastąpić nie może, — a więc gotowe pieniądze, wierzytelności odstąpione, rzeczy znikome (§§. 1227, 1228 u. c.). Gdy w tymże ostatnim przypadku użytek bez zniszczenia substancyi jest niemożebnym, mąż ma prawo zużyć je, a więc staje się ich właścicielem z obowiązkiem jednakże zwrócenia ich wartości w przypadku, gdy przeznaczenie ich dla ułatwienia ciężarów małżeńskich ustaje, t. j. z reguły przy rozwiązaniu małżeństwa [1]). W obydwóch przypadkach zaś prawo użytkowania czy też niby-użytkowania ograniczone jest przeznaczeniem rzeczy jako przedmiotów posagu [2]). Czy zaś rzeczy w posagu oddane podlegają prawdziwemu czy też niby-użytkowaniu, jest kwestyą, którą w przypadkach wątpliwych ocenić powinien sędzia podług właściwości rzeczy.

Jeśli rzeczy w posagu oddane z zachowaniem substancyi użytkowane być mogą, właścicielką ich jest z reguły żona (§. 1228 u. c.) [3]). Na mocy umowy może jednakże mąż stać się właścicielem także i takich nieznikomych rzeczy, jeśli obejmie je za pewną cenę i zobowiąże się jedynie do zapłaty tejże (*dos aestimata*). W tym przypadku obok umowy posagowej przychodzi do skutku umowa o kupno, przedmiotem zaś posagu, a tem samem i zwrotu jest umówiona cena ku-

---

[1]) Fakultet fryburski proponował, aby to wyraźnie było w §. 323 III. kod. gal. (§. 1227 u. c.) wymienione. Uznano to jednak za zbyteczne ze względu na §. 332 III. kod. gal. (§. 1229 u. c. — OFNER II. str. 138 n.). O znaczeniu wyrazów *abgetretene Schuldforderungen*, przez które rozumieć należy wierzytelności pieniężne, ob. OGONOWSKI str. 299 n

[2]) Na co zd. m. za mało zwracano uwagi. Wynika to z celu i przeznaczenia posagu. W §. 332 III. kod. gal. było wyraźnie wymienione: *Weil das Heirathsgut dem Manne zur Bestreitung der Ehestandskosten ausgesetzt worden ist...* Ustęp ten, jako nie należące do ustawy motywum, opuszczono (OFNER II. str. 143). Mylnie więc n. p. NIPPEL §. 77, ANDERS str. 129 przy uw. 12, przyznawają mężowi nieograniczoną własność pożytków. Słusznie natomiast OGONOWSKI str. 296, chociaż w dalszym toku konsekwencyi stąd nie wysnuwa.

[3]) Kiedy rzecz się ma inaczej, o tem będzie mowa poniżej.

pna. — To samo, że przy ustanowieniu posagu wymieniono także tegoż wartość, nie dowodzi jednakże, iżby mąż objął przedmioty posagowe na własność i zobowiązał się tylko do zwrotu podanej wartości. Zamiar kupna przedaży powinien owszem z treści umowy wynikać [4]). W razie gdyby taki zamiar drogą interpretacyi woli z aktu nie wynikał, należy więc przypuszczać, że podanie wartości nastąpiło tylko *taxationis causa*.

II. Akt ustanowienia posagu ma pewne pokrewieństwo z darowizną, ponieważ ma na celu dopomódz mężowi w ponoszeniu ciężarów małżeńskich i nadaje mu w tym celu prawo użytkowania lub niby-użytkowania a zatem nawet prawo własności. Darowizną wszakże nie jest, ponieważ jest tylko formą, w której żona, czy też ktoś trzeci za nią, przyczynia się do ponoszenia ciężarów małżeńskich; majątek więc, jako posag oddany, dopokąd trwa małżeństwo, przeznaczony jest dla ulżenia ciężarów ze spólnością małżeńską połączonych, nie staje się więc częścią, a tem samem nie zwiększa majątku męża. Przeznaczeniem tem związaną jest nie tylko substancya majątku, która winna być zachowaną w tym celu, aby dochody uzyskane być mogły dla ponoszenia ciężarów małżeńskich,— ale i dochody, które na te cele małżeńskie, nie zaś jednego lub drugiego z małżonków, używane być mają. Mąż, otrzymując posag, nie wzbogaca się, gdyż obejmuje zarazem obowiązek zwrotu jego, więc nawet w razie przejścia własności przedmiotów posagowych — podobnie jak przy pożyczce — zwiększa się wprawdzie stan czynny jego majątku, lecz o tyle zarówno zwiększa się też i stan bierny. Użytkowanie jego zaś również jest tylko formą, w której posag na cele małżeńskie użyty zostaje. — Ustanowienie posagu nie jest też darowizną żonie uczynioną. Jeżeli bowiem ustanawia go osoba do tego prawnie zobowiązana, nie jest ono aktem hojności, lecz spełnieniem obowiązku (§. 940 u. c.). Jeśli ustanawia go trzecia, niezobowiązana do tego osoba, zastrzegając sobie zwrot po rozwiązaniu małżeństwa (§. 1229 u. c.), żona tem

[4]) Śr. austr. Tryb. apel. proponował wyraźny dodatek tej treści do §. 324. Uznano jednakże dodatek ten za zbyteczny. (OFNER II. str. 139). Z prakt. por. orz. 59 i 120.

nie staje się bogatszą. A chociażby taka trzecia osoba zwrotu sobie nie zastrzegła, to i wówczas akt ustanowienia posagu nie jest darowizną, gdyż żona po rozwiązaniu małżeństwa ma do posagu prawo z ustawy (§. 1229 u. c.), nie zaś z aktu ustanowienia posagu. Ustanowienie posagu jest więc aktem prawnym *sui generis*, scharakteryzowanym przez cel swój (*causa*) [5]). Jeżeli mąż — jak to zdarzyć się może — zwolniony zostaje od zwrotu posagu po rozwiązaniu małżeństwa, darowizną jest to zwolnienie, nie zaś ustanowienie posagu.

---

[5]) KRASNOPOLSKI l. c. str. 574 — przeciw OGONOWSKIEMU str. 178 n., który uważa ustanowienie posagu za darowiznę, lecz wyłącza je zarazem od zastosowania prawideł dla darowizny istniejących. Że ustawa austr. nie uważa go za darowiznę, wynika z §. 788, 790, 791, w których posag, wyprawa i t. d. przeciwstawione są darowiźnie. — Kwestya, czy posag jest darowizną, czy nie, nietylko w literaturze austryackiej (PRATOBEVERA w *Zt. f. oest. Rg.* 1827 I., str. 1 n., PROCKNER tamże 1835 II. str. 278, GSPANN tamże 1836 I. str. 283, SVOBODA w *Ger. Ztg.* z r. 1870 Nr. 70, bezim. w art. *Ist d. Dotalversprechen des zur Dosbestellung nicht Verpflichteten e. Schenkung?* w *Jur. Ztg.* 1884 Nr. 25, 26, ANDERS str. 115, OGONOWSKI str. 173 n. i komentatorowie), lecz także i w literaturze prawa posp. (ob. szczeg. BECHMANN I. str. 194, CZYHLARZ str. 154 n.) wielce sporną. — Prakt. austr. jest nader chwiejną. Nie uznawają darowizny orz. 1167, 1631, 2353, 3636, 4005, 5983, 6545, przeciwnie 3807, 9908, 10838, 12858. Argumenta za lub przeciw są najrozmaitsze. I tak n. p. orz. 4005, 5983, 6545 uważają akt przyrzeczenia posagu za odpłatny z powodu, że zawarcie małżeństwa przez tego, który posag odbiera, przedstawia się jako świadczenie wzajemne (!). Zdanie ANDERSA str. 115 i KRAINZA-PFAFFA §. 437 przy uw. 9, że ustanowienie posagu przez osobę nieobowiązaną do tego, jest darowizną żonie uczynioną lub nie jest, w miarę tego, czy żona do kontraktu przystąpiła, czy nie — uważam za mylne z powodu, że czyni zależnym charakter aktu od przystąpienia żony, której udział przy tymże akcie jest niepotrzebnym i przypadkowym. — Kwestya sporna utraciła wprawdzie nieco doniosłości od czasu, gdy tak dla darowizny, jak i kontr. małżeńskich przepisaną została forma aktu not., do dziś jednak ma doniosłość ze względu na konkurs (ob. o tem w pr. konkurs. mater.), dalej ze względu na kwestyę opugnowania, odpowiedzialności z tytułu rękojmi za ewikcyę lub braki i t. d.

§. 454.

W szczególności: o obowiązku zwrotu posagu.

HELM w art. *Ueb. Auslegung d. Ges.* w *Zt. f. oest. Rg.* 1828 II. str. 288 n.; HELFERT *Ueber den Heimfall des Ehegutes bei Auflösung der Ehe durch den Tod* 1843; DR. J. *Ueber die Verpflichtung zur Rückzahlung d. Heirathsgutes* w *Zt. f. Notar.* 1885 Nr. 12; DREIKURS *Ueber den Heimfall des Heirathsgutes* tamże 1897 Nr. 20, 21.

I. Obowiązek zwrotu posagu w przypadku rozwiązania małżeństwa uzasadniony jest tem, że z tą chwilą przeznaczenie jego ustaje [1]). Powstaje wówczas kwestya, co się ma stać z majątkiem w tym celu poświęconym.

O skutkach rozwodu ze względu na losy majątku posagowego będzie mowa poniżej w nauce o wpływie rozwodu na stosunki prawne małżonków (ob. poniżej §. 462).

W przypadku rozwiązania małżeństwa przez śmierć regułą jest, że w razie wcześniejszej śmierci męża posagowy majątek oddany zostaje żonie [2]), w razie wcześniejszej śmierci żony zaś jej dziedzicom ustawowym lub testamentowym [3]) do wolnej dyspozycyi [4]), a to bez względu na to, czy z jej ma-

---

[1]) Por. §. 322 III. kod. gal., szczeg. wstęp tegoż przytoczony poniżej w uw. 2.

[2]) Kod. gal. w §. 322 III. mówi: *Weil das Heirathsgut dem Manne zur Bestreitung der Ehestandskosten ausgesetzt worden ist, so gilt die rechtliche Vermuthung, dass solches nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattin, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heimfalle.* Przy obradach opuszczono jedynie wstęp, który zawiera motywum, nie należące do ustawy, stylizacyę zaś zmieniono tylko o tyle, że zaniechano formy domniemania, czem uczyniono ją bardziej stanowczą (OFNER II. str. 143 §. 332).

[3]) *Lege non distinguente.*

[4]) Nie można powiedzieć na własność, gdyż w skład posagu mogą wchodzić prawa rozmaite. — Kwestya, czy dziedzicom należy się wówczas posag jako spuścizna po zmarłej, czy też wprost z przepisu ustawy, w praktyce rozmaicie bywa rozstrzyganą. Za ostatniem zdaniem przemawiałoby, że żona przed

jątku, czy też z majątku osoby trzeciej ustanowiony został, a w ostatnim przypadku, czy osoba trzecia do ustanowienia posagu była obowiązaną, czyli nie (§. 1229 u. c.).

Wyjątki od tej reguły zdarzyć się mogą tylko z woli stron. W szczególności:

1) Jeśli posag ustanowiła trzecia osoba, która nie ma obowiązku do tego, może na przypadek rozwiązania małżeństwa inaczej rozrządzić ofiarowanym majątkiem, a w szczególności zastrzedz sobie przy ustanowieniu, że zwrócony ma być jej lub wydany innej przez nią wskazanej osobie, a względnie, że mąż zwolniony ma być od wydania tegoż. Zastrzeżenie to nastąpić może i w ten sposób, że ustanawiający wykluczy żonę lub jej spadkobierców od prawa odebrania posagu (§. 1229 u. c.), w którym to razie posag powraca do ustanawiającego (*dos receptitia*). Nie powinno być też wątpliwości, że kto ustanawia posag, niezmuszony do tego nałożonym nań obowiązkiem, może zastrzedz sobie wcześniejszy zwrot za nadejściem czasokresu lub ziszczeniem się warunku rozwiązującego [5]. — Rozumie się zaś, że ustanowienie posagu, jakkolwiek by nastąpiło, jednostronnie zmienione ani odwołane być nie może, lecz zmiana taka pierwotnej umowy mogłaby nastąpić tylko za zgodą wszystkich, prawnie interesowanych, t. j. tych, którzy, czy to z umowy, czy z ustawy do niego nabyli prawa [6].

śmiercią męża nie ma prawa żądania zwrotu posagu, więc. umierając przed mężem, prawa takiego na spadkobierców przenosić nie może. Por. orz. z 1 marca 1898 *Centralbl.* Nr. 173 i orz. 11190, GELLER-JOLLES I. N. 125. — Mnie się zdaje niewątpliwem, że dziedzicom należy się zwrot *ex titulo hereditatis*, jako następcom prawnym żony. Gdyby było inaczej, nie moglibyśmy przyznawać żonie prawa dysponowania posagiem na przypadek rozwiązania małżeństwa, które to prawo jednakże podług ogólnej stylizacyi §. 1219 u. c. przyznać jej trzeba. Tak też orz. 10693.

[5]) Jeśli mógł nie ustanawiać go wcale, niewątpliwie może go ograniczyć warunkiem lub czasokresem.

[6]) Nie zaś tych, którzy tylko mieli nadzieję. Umowa o posag nie może być bowiem poczytaną w żadnym razie jako *pactum in favorem tertii*, gdyż ma na celu jedynie uregulowanie stosunków majątkowych małżeńskich.

2) Jeżeli posag ustanawia żona (narzeczona), własnowolna, zależy treść układu z mężem (narzeczonym), a tem samem i postanowienie, komu posag ma przypaść, od zgodnej woli małżonków (narzeczonych). W szczególności może być także postanowionem, że po śmierci żony mąż ma być zwolniony od obowiązku zwrotu (*pactum de lucranda dote*). Gdyby żona była niewłasnowolną, umowa taka winna być zawartą przez ojca, opiekuna (lub kuratora) i zatwierdzoną przez sąd opiekuńczy (§. 1219 u. c.).

3) Jeśli posag ustanowiła osoba trzecia, do tego prawnie obowiązana (§. 1220 u. c.), wszelkie rozrządzanie ofiarowanym w tym celu majątkiem, odmienne od przepisu ustawy (§. 1229 u. c.), nastąpić może jedynie za zezwoleniem żony, lub gdyby była niewłasnowolną, jej prawnych zastępców i sądu opiekuńczego, a więc także postanowienie, iż żona lub jej dziedzice od prawa objęcia posagu mieliby być wykluczeni.

II. Cel posagu wskazuje także chwilę, w której posag powinien być zwrócony przez męża. Jest nią z reguły chwila rozwiązania małżeństwa przez śmierć któregokolwiek z małżonków, z którą to chwilą pretensya o zwrot staje się wymagalną (§. 1229 u. c.) [7]). Przed nadejściem tej chwili lub w pewien czas po niej, zwrot posagu żądany być może tylko w razie, jeśli strony w granicach swego prawa dyspozycyi tak postanowiły [8]).

III. Skoro obowiązek zwrotu powstanie, rozwiązanie kwestyi, co zwrócone być powinno, zależy od tego, co danem

---

[7]) Inaczej HELFERT w rozp. zacyt. na wstępie, twierdząc, że w razie wcześniejszej śmierci żony dziedzice jej mogą żądać zwrotu posagu dopiero po śmierci męża. Przeciw temu zdaniu ob. KRAINZ - PFAFF §. 438 i zacyt. tamże w uw. 13 i 14 autorów. Jak w tekście orz. 293, por. także orz. 4680 i 14400. — Za zdaniem w tekście przemawia nie tylko motywum, wyrażone w §. 332 III. kod. gal. (ob. wyżej uw. 3), lecz i stylizacya §. 1229: *wenn die Frau stirbt*, nie zaś: *wenn die Frau gestorben ist*, jak ZEILLER III. str. 600 komentuje. Por. NIPPEL *Com.* III. str. 580 n.

[8]) Por. orz. 3425, 7860, 13361, 15160, 15234. W orz. 12809 pozwolono na wydanie posagu przed rozwiązaniem małżeństwa z powodu, że małżonkowie zgodnie takiego wydania się domagali.

było. — Jeśli mąż ma być uważany za użytkowcę rzeczy (§. 1228 u. c.), ma on wszelkie prawa i obowiązki użytkowcy (§. 511—518 u. c,), a tem samem obowiązek zwrotu substancyi z wszelkim przyrostem, o ile tenże nie ma być poczytany za owoc (§. 519 u. c.). Jeśli stał się właścicielem rzeczy, odróżnić należy, czy nabył tę własność, przyjmując obowiązek zwrotu ceny (*dos venditionis causa aestimata*), a w tym razie oczywiście tylko do zapłacenia tej ceny jest obowiązany, — czyli też stał się właścicielem z powodu właściwości rzeczy w posagu oddanych, w którym to ostatnim przypadku winien zwrócić rzeczy tej samej ilości i jakości.

Podług tej samej zasady ocenić należy obowiązek zwrotu w przypadkach, gdy nie rzeczy zmysłowe, lecz prawa były w posagu oddane. — W miarę właściwości swej prawa te muszą być albo przeniesione na rzecz uprawnionego do żądania zwrotu, albo też mąż zrzec się ich powinien. Gdyby posag polegał na zwolnieniu męża *dotis causa* od długu, uprawniony do żądania zwrotu staje się napowrót wierzycielem, innemi słowy dług taki *dotis causa* dany, uważany być musi tak, jak gdyby był prolongowany do chwili powstania obowiązku zwrotu posagu.

Pretensya o zwrot jest z reguły natury obligacyjnej nie tylko wówczas, gdy przedmioty posagowe stały się własnością męża, lecz i wówczas, gdy przypadają żonie lub dziedzicom jej, albo też pozostały własnością ustanawiającego. W tym ostatnim przypadku może w pośród okoliczności konkurować ze skargą obligacyjną skarga windykacyjna. Przeciwko skargom o zwrot w przypadku, gdy mąż jest użytkowcą, służą mu prawa tegoż z powodu nakładów (§. 512—517 u. c.). Prawa retencyi nie ma (§. 471 u. c).

IV. O obowiązku zabezpieczenia zwrotu posagu będzie mowa poniżej.

§. 455.

Oprawa. — Wyprawa.

SCHEIDLEIN III. §. 44—51; NIPPEL §. 102 n.; LHOTA *Belastung der Widerlage* w *Ger. Ztg.* 1859 N. 8; OGONOWSKI str. 309 n.; ULLMANN w Grünh. IV. str. 101 n.; RANDA *Eigenth.* 2 wyd. str. 494 n.; KRASNOPOLSKI w Grünh. XV. str. 72; STEIN w *Jur. Viertelj.* 1888 str. 29 n.; ANDERS §. 29, *Grundr.* §. 41; KRAINZ-PFAFF §. 444.

I. Oprawą (*Widerlage*) [1]) nazywa ustawa to, co narzeczony lub ktoś trzeci wyznacza narzeczonej dla powiększenia posagu (§. 1230 u. c.).

Z tego określenia wynika przedewszystkiem:

1) że oprawa wymaga istnienia posagu, gdyż powiększyć można tylko to, co już istnieje (*augmentum dotis*) [2]). Wystar-

---

[1]) W niemieckiem prawie używano także: *Widerlegung*, *Gegensteuer*, *Gegenlage*, *Gegenvermächtniss*, *Gegengeld*, *Gegengift*, *Eheschenkung*, *gelobte Morgengabe*, w łać. jęz.: *contrados* (tłum. urzęd.), *dotalicium*, *augmentum dotis*, *donatio ante* albo *propter nuptias*. W pr. polskiem terminologia nie była ustaloną: odwzajemnienie się męża za posag nazywano wianem, *redotalicium*, *superdotalicium* i p. Ob. WINIARZ Polskie prawo maj. małż. w wiek. śr. str. 19, 51, 85, LINDE *s. v.* „Oprawa".

[2]) Tak wszyscy autorowie i praktyka. Orz. z 12 lutego 1852. *Ger. Ztg.* N. 34. W proj. terez. nazwano oprawę *eine Gegenschankung für das Heirathsgut* (I. 3 n. 166) i nadano prawo żądania oprawy tylko tej żonie, która posag wniosła (n. 169). Por. proj. HORTENA I 3. §. 69 i kod. józ. §. 77. Dobrowolnie jednak mogła być oprawa ustanowiona niezależnie od posagu. W proj. MARTINIEGO III. 10 §. 20, 21 i kod. gal. III. §. 333, 334 wprowadzono zwrot, iż jest ona powiększeniem posagu. ostatni ustęp §. 21 proj. MART. i §. 334 kod. gal. wskazuje, że w razie, gdyby posag nie był ustanowiony, wówczas to, co dla żony na przypadek przeżycia męża przeznaczono, nie byłoby oprawą, lecz (zwyczajną) darowizną. Ustęp ten przy obradach na wniosek referenta opuszczono, ponieważ to, co ma wypowiadać, już we wstępie powiedziano albo rozumie się samo przez się (OFNER I. str. 144). Praktyczna doniosłość różnicy między oprawą a zwykłą darowizną

czy jednakże, iżby posag był **przyrzeczony** (nie koniecznie wypłacony), bo i przyrzeczony posag jest posagiem, który powiększony być może [3]). Nie wynika zaś stąd, aby to, co przyrzeczono tytułem oprawy, miało równe z posagiem przeznaczenie (*ad sustentanda onera matrimonii*) i równym podlegało prawidłom; nie byłoby bowiem wówczas powodu odróżnienia oprawy od posagu. Gdy owszem oprawa przyrzeczoną zostaje narzeczonej (żonie), nie zaś tak, jak posag mężowi (narzeczonemu), widocznem jest, że oprawa nie ma służyć ulżeniu ciężarów, ze spólnością małżeńską połączonych, lecz ma przeznaczenie zaopatrzenia żony na przypadek śmierci męża [4]). Jest ona więc datkiem przeznaczonym dla żony warunkowo, t. j. pod warunkiem zawieszającym [5]), jeśli męża przeżyje. Stąd wynika, że:

---

objawia się w tem, że w ostatnim przypadku akt nie byłby kontraktem maj. małżeńskim (§. 1217, 1246 u. c.), a więc żona otrzymałaby darowiznę podług §. 1266 u. c. tylko w razie śmierci męża, nie zaś w razie rozwodu.

[3]) Por. cyt. w uw. 2 orz. n. tr. z r. 1852.

[4]) Por. proj. terez. I. 3 n. 167: *Die Eigenschaft der Widerlage ist mit jener des Heirathsgutes einerlei, ausser dass das Heirathsgut die Erleichterung der Ehelasten des Mannes während der Ehe, die Widerlage aber die Versorgung des Weibs nach aufgelöster Ehe zur Absicht habe.* Słusznie też mówi OGONOWSKI str. 325, że gdyby oprawa miała być powiększeniem posagu *durante matrimonio*, ustanowienie oprawy przez męża nie dałoby się pomyśleć, ustanowienie jej przez osobę trzecią nie byłoby zaś aktem, różniącym się od ustanowienia posagu.

[5]) Co do charakteru warunku i co do istoty prawa żony *durante matrimonio*, rozmaite są zdania. Niektórzy, jak KRASNOPOLSKI Grünh. XV. str. 72, STEIN w *Jur. Viertelj.* 1888 str. 30 n., uważają za możliwy warunek zawieszający jak i rozwiązujący, ten ostatni w razie, gdyby oprawa żonie za życia męża była oddaną lub na jej rzecz (warunkowo) w księdze grunt. zapisaną; NIPPEL *Darst.* §. 106 odmawia żonie prawa rzeczowego (skargi o własność), więc uważa jej prawo za osobiste. ANDERS §. 29. ULLMANN Grünh. IV. str. 102, przyznawają jej prawo z reguły jedynie osobiste, w razie tradycyi lub intabulacyi zaś rzeczowe; SCHIFFNER *Verm. Vertr.* str. 36 uważa umowę o oprawę z reguły za umowę o zapis, więc prawo żony za osobiste — gdyby zaś intabulowane było, zd.

2) z ustanowienia oprawy w ciągu małżeństwa żadne prawa dla żony nie wynikają. W szczególności nie służy jej prawo użytkowania oprawy w czasie trwania małżeństwa, ma ona owszem prawo do ofiarowanych tytułem oprawy przedmiotów majątkowych dopiero, jeżeli męża przeżyje. Ustanowienie oprawy nie powoduje więc żadnych zmian rzeczowych w majątku ustanawiającego, który przyjmuje jedynie obowiązek osobisty wypłacenia obdarzonej oprawy w razie wcześniejszej śmierci męża. Gdyby wcześniej od męża zmarła, warunek zostaje udaremniony, a jej spadkobiercy żadnych praw do oprawy nabyć nie mogą. Chociażby więc prawo jej w księdze

---

jego nie ma oprawy, lecz jest darowizna na przypadek śmierci. OGONOWSKI str. 323 nie uważa rzeczowego skutku umowy za niemożliwy. Może to zd. jego być warunkowe prawo osobiste lub rzeczowe, warunkowy legat, warunkowe uwolnienie od obowiązku i t. p., str. 331. RANDA *Eig.* str. 494 n. przemawia za warunkiem zawieszającym, prawo żony w razie intabulacyi uważa za pr. własności pod warunkiem zawieszającym. — W związku z tem jest kwestya, w czyim majątku są rzeczy na oprawę przeznaczone *durante matrimonio*. Proj. terez. (n. 189) stanowi, że właścicielem jest wówczas mąż (inaczej już HORTEN I. 3 §. 71, kod. józ. §. 79, 116, które mu przyznawają jedynie zarząd i użytkowanie). NIPPEL l. c. ze słów ustawy, że oprawa służy na powiększenie posagu, każe jej w zupełności dzielić losy tegoż, podobnie ZEILLER str. 603 n., który przyznaje po śmierci męża żonie własność oprawy dla tego, że jej należy się też własność posagu. Z praktyki por. orz. 2104, które każe przedmioty oprawy wpisywać w inwentarz spadkowy męża, ponieważ żona ma tylko osobiste prawo; — orz. 5383, 5524, 15160, 15234 zarządzają zachowanie kwot, jako oprawa zapisanych, przy rozdziale ceny kupna aż do ziszczenia się warunku (wcześniejszej śmierci męża), lub udaremnienia tegoż (wcześniejszej śmierci żony), w którym to ostatnim razie kwoty między wierzycieli rozdane być mają. Orz. 8166 przypuszcza, że oprawa może się stać zaraz własnością żony, jeśli tak umówiono. Słowem i w praktyce i w teoryi ulegają przepisy kod. cyw. o oprawie najrozmaitszej interpretacyi. Słusznie ZEILLER str. 602 mówi, że oprawa nie ma pewnej ustawowej podstawy, że pojęcie jej stało się przez zwyczaje chwiejnem, a nawet sprzecznem, jeśli zaś twierdzi (str. 603), że ustawa cyw. usiłowała wytworzyć stalsze pojęcie, to przyznać trzeba, że się jej to nie udało.

publicznej było wpisane, warunkowego ani osobistego charakteru nie traci, a jedynie staje się wówczas skutecznem w obec następcy we własności rzeczy, na oprawę przeznaczonej [6]). Wyjątek zachodzi w przypadku rozwodu, jeśli tenże bez winy żony został orzeczony; wówczas bowiem należy jej się wypłata oprawy, jak w ogóle tego wszystkiego, co jej na przypadek przeżycia męża przeznaczono (§. 1266 u. c.).

3) Stąd, że oprawa jest powiększeniem posagu, wnosić należy, że wszelkie przedmioty majątkowe, nadające się na posag, nadają się też na oprawę [7]).

4) Ustanowić może oprawę narzeczony (mąż) [8]) lub ktoś trzeci [9]). Obowiązku do ustanowienia oprawy nie ma nikt (§.

---

[6]) „Rzeczowem" staje się tylko o tyle, o ile ustawa inne prawa osobiste (n. p. prawo najmu) po ich intabulacyi rzeczowemi nazywa. Por. jednak KRASNOPOLSKI l. c. str. 72. Czy i o ile warunkowe prawo żony do oprawy może być przedmiotem wpisu w księgi publiczne w obec §. 9 ust. hip., który dozwala wpisu tylko pewnych tam wymienionych praw obligacyjnych, znowu jest wątpliwem. Pewnem jest, że jeśli ustanawiający oprawę (w pewnej sumie pieniężnej) pozwala na zabezpieczenie jej prawem zastawu na nieruchomości, zabezpieczenie takie nastąpić może, lecz wówczas nie prawo do oprawy, ale prawo zastawu jest przedmiotem wpisu. — Nie mogę się zgodzić ze zdaniem RANDY l. c. str. 496, który każe intabulować żonę jako warunkową „właścicielkę", czem zd. m. nie jest. Jeśli już dopuścimy wpisu praw żony do oprawy, mógłby on nastąpić jedynie we formie ograniczenia praw właściciela, podobnie jak prawa wynikające ze substytucyi powierniczej.

[7]) Por. orz. 12207.

[8]) Nie ma wątpliwości, że oprawa, jak i posag, może być ustanowioną po zawarciu małżeństwa, a zatem przez tego, który już jest mężem. Że ustawa mówi tylko o narzeczonym i narzeczonej, zdaje się pochodzić ze związku oprawy z donacyą *ante nuptias* dawniejszego prawa rzymskiego.

[9]) Odmiennie od przepisu §. 1218 u. c. nie dodano w §. 1230 u. c., że trzecia osoba ustanawia oprawę „zamiast męża". Inaczej jeszcze proj. terez. (n. 166): *was der Mann oder seine Eltern oder Jemand Anderer anstatt seiner...* OGONOWSKI sądzi (str. 327), że skutkiem tego opuszczenia związek między ustanawiającą oprawę trzecią osobą (*extraneus*) a mężem jest słabszym, aniżeli przy posagu stosunek między nim a żoną. Praktycznej doniosłości odmienna ta stylizacya zd. m. nie ma.

1231 u. c.)[10]. Odmiennie od posagu oprawa przedstawia się jako szczególnego rodzaju warunkową darowizna[11]).

5) Formę ustanowienia przepisuje ustawa z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p., wymagając do jej zaskarżalności aktu notaryalnego, która to forma zresztą i dla przyrzeczenia innych darowizn jest przepisaną[12]).

---

[10]) Inaczej w dawniejszem prawie. Por. §. 78 kod. józ. Por. także proj. terez. l. c. n. 169, HORTENA. MARTINI w pierwotnym projekcie obowiązek ustanowienia oprawy umieścił, komisya zniosła go jednakże, motywując to tem, że synowie rodzicom większe przysparzają koszta, aniżeli córki, a wychowanie ich ma na celu uczynić ich zdolnymi do zarobkowania, a tem samem do utworzenia samodzielnego gospodarstwa domowego. Prócz tego podnoszono, że należy ile możności unikać przymusu na majątek innych. — Ob. §. 21 proj. MART. (wyd. HARRASSOWSKIEGO i str. 200 w uw. 12 tamże). Tem samem odpadły wszelkie przepisy, normujące wysokość oprawy i stosunku jej do posagu.

[11]) Szerokie rozprawy o tem, czy oprawa jest darowizną, czy aktem odpłatnym, małą mają doniosłość praktyczną, zwłaszcza od czasu, gdy dla kontraktów maj. małż. zaprowadzono obowiązkową formę aktu notaryalnego. Wyjątek stanowi przypadek konkursu do majątku męża, w którym pretensya z opraw należałaby do 5 ej klasy wierzycieli konkursowych, gdyby uważano ją za darowiznę (§. 48 ust. konk., o czem poniżej w nauce o upadłości). Za aktem dwustronnie obowiązującym przywodzą główny argument ten, iż warunkiem istnienia oprawy jest istnienie posagu (NIPPEL, ELLINGER, STUBENRAUCH). Te świadczenia jednak za wzajemne nie mogą być poczytane już dlatego, że niekoniecznie te same osoby muszą być sobie wzajemnie zobowiązane, n. p. jeśli żona ustanowiła posag, a ktoś trzeci oprawę. A zresztą ustanowienie oprawy jest zależnem od istnienia posagu, lecz nie odwrotnie. Ustanowienie posagu przedstawia się jedynie jako stan faktyczny, w pośród którego ustanowienie oprawy następuje. Czyż mielibyśmy dopuszczać *laesio ultra dimidium* w razie, gdyby oprawa nie wynosiła nawet połowy wartości posagu? — Akt ustanowienia oprawy jest darmym, lecz *sui generis*, a tak, jak nie odmówimy kontraktom aleatoryjnym charakteru umowy odpłatnej z powodu, że wykluczoną jest *laesio ultra dimidium*, tak nie odmówimy oprawie charakteru aktu darmego z powodu, że nie wszystkie przepisy o darowiźnie dadzą się do niej zastosować.

[12]) O doniosłości tego przepisu już wyżej kilkakrotnie była mowa.

II. Od oprawy zarówno, jak od posagu, odróżnić należy t. zw. wyprawę (*Ausstattung*), t. j. przedmioty majątkowe, które dają rodzice dzieciom na pierwsze urządzenie gospodarstwa[13]) z powodu zawrzeć się mającego małżeństwa, dla zaoszczędzenia im wydatków, połączonych z wstąpieniem do stanu małżeńskiego. Zwalniając rodziców męża od obowiązku dania oprawy, nakłada ustawa na nich, w tym samym porządku, w jakim córce (wnuczce) posag dać są obowiązani, obowiązek dania synowi (wnukowi) wyprawy (§. 1231 u. c.). Przepisy odnośne (§. 1220—1223 u. c.), cytowane w §. 1231 u. c., mają też i do tego obowiązku zastosowanie.

§. 456.

W i a n o.

SCHEIDLEIN III. §. 52—54; NIPPEL §. 110—113; OGONOWSKI str. 345 n.; ANDERS §. 32, *Grundr.* §. 45; KRAINZ-PFAFF §. 441.

Wianem (*Morgengabe*)[1]) nazywa ustawa podarunek, który mąż przyrzeka dać żonie pierwszego poranku po zawarciu małżeństwa (§. 1232 u. c.). Podarunek ten przedstawia się

---

[13]) Obowiązku dania wyprawy córce (wnuczce) ustawa nie nakłada w ogóle: wbrew zwyczajowi powszechnemu nie zna wyprawy córki, gdyż i w §. 788 u. c. mówi o policzeniu wyprawy tylko syna lub wnuka. Stąd wniosek, że wyprawa córki stanowi część posagu. Przeciwnie jednak orz. 11331. Z praktyki sąd. zwrócić należy uwagę na orz. 10913, 13199 i 14042, które wymagają do ważności przyrzeczenia wyprawy formy aktu notaryalnego, ponieważ umowa ta należy do kontraktów maj. małż., gdy przeciwnie orz. 11331 uznaje za ważne także przyrzeczenie i bez tej formy za zaskarżalne, bo polega na obowiązku ustawowym, a orz. 7650 odmawia mu charakteru kontraktu małż. Orz. 14879 pozwala synowi żądać przyrzeczonej mu (bez aktu not.) wyprawy w postępowaniu niespornem.

[1]) O rozmaitych znaczeniach tego wyrazu ob. WINIARZ Pr. małż. maj. W przekładach ust. cyw. na język polski używają tego wyrazu wyłącznie na oznaczenie niem. *Morgengabe*; może lepszym byłby wyraz: podarunek poranny.

jako darowizna, którą ustawa jednak zalicza do kontraktów małżeńskich, zatem podlega ona prawidłom ogólnym dla kontraktów małżeńskich obowiązującym. Mąż nie jest obowiązany do przyrzeczenia wiana [2]); jeśli zaś przyrzekł, może żona żądać wypłaty już z początkiem dnia, następującego po ślubie [3]), a prawo jej wówczas, *lege non distinguente*, nie zależy od spełnienia małżeństwa, ani od dziewiczości, zatem i wdowa mieć je może. Jako prawo między małżonkami nie ulega ono przedawnieniu, jak długo małżeństwo trwa (§. 1495 u. c.), jednakże z upływem lat trzech po zawarciu małżeństwa powstaje domniemanie, że w ciągu tego czasu już wiano wypłacone zostało, tak, że żona, domagając się wypłaty po tymże czasie, musi udowodnić, że mąż jej wiana nie wypłacił [4]).

---

[2]) Tak stanowił wyraźnie §. 335 III. kod. gal.

[3]) Interpretacya §. 1232 u. c, jaką podaje OGONOWSKI str. 348, iż pierwszy ranek po ślubie jest ostatecznym terminem przyrzeczenia wiana (za którą także ANDERS str. 138, *Grundr.* str. 35) — jest zd. m. mylną. Termin ten bowiem jest terminem wymagalności świadczenia, przyrzeczenie więc wcześniej nastąpić musi. Świadczenie, którego termin płatności przypadałby póżniej, nie byłoby wianem w znacz. §. 1232 u. c. Tak ZEILLER III. str. 605, SCHEIDLEIN §. 52, WINIWARTER IV. §. 315. Wskazuje na to historyczny początek tej instytucyi w pr. niem., wedle którego pierwotnie była ona *munus virginitatis*, *praemium amissae virginitatis*, *signum delibatae virginitatis*, *ein Gut*, *das der Frau um die höchste Ehre, die ihr Gott gegeben, geschenkt wird.* MITTERMAIER *D. Privatr.* str. 398. — Zabytek ten dawnych zwyczajów nie ma obecnie żadnej doniosłości praktycznej. Kwestye, rozbierane przez dawniejszych autorów (SCHEIDLEIN, NIPPEL), jak n. p. czy żona musi z żądaniem swem wyczekać do końca dnia (§. 903 u. c.), czy żądać może wypłaty już po upływie przedpołudnia i t. p., nie zasługują na rozbiór. — ZEILLER zauważa, że wiano jest datkiem, *über dessen Ursprung einige Schriftsteller ihrem Witze freien Lauf lassen.*

[4]) Przepis ten jest najlepszym dowodem, że pierwszy poranek po ślubie jest terminem płatności. Inaczej bowiem doszlibyśmy do konkluzyi, którą też OGONOWSKI i ANDERS wysnuwają, że choćby płatność była oznaczoną w 10 lat po ślubie, domniemanie po 3 latach jużby przemawiało za tem, że wiano wypłacone zostało.

§. 457.

Darowizny między małżonkami.

SCHEIDLEIN §. 105—108; NIPPEL §. 148—152; DOLLINER II. §. 4 i w *Zt. f. R.* 1837 II. str. 17 n.; HOFMANN *Schenkungen unter Gatten u. Brautl.* w Grünh. VIII. str. 305 n.; OGONOWSKI str. 335 n.; FRANKL *Formerfordernisse d. Schenkung*; ANDERS §. 25 str. 106 n., *Grundr.* §. 31.

Darowizny między małżonkami nie różnią się w ogólności od innych, a ważność ich ocenioną być musi podług ogólnych zasad [1]), tak pod względem materyalnym, jak i formalnym (§. 1246 u. c., ob. wyżej o darowiznach I. §. 102 n.). Podług §. 915 u. c. domniemanie nie przemawia za darowizną. Gdyby więc małżonek utrzymywał, że przedmioty, które należały do drugiego małżonka, darowane mu zostały, okoliczność tę musiałby udowodnić. Ze względu na żonę, ustawa ustanawia domniemanie, że co mąż jej dał dla ozdoby w stroju, w drogich kamieniach i innych kosztownościach, uważa się za darowane,

---

[1]) Nie przyjęło więc ustawodawstwo austryackie zakazu darowizn między małżonkami, uzasadnionego w prawie rzymskiem, *ne mutuato amore invicem spoliarentur..., ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret...* O tych zakazach ob. HOFMANN *Schenkungen unter Gatten u. Brautleuten* w Grünh. VIII. str. 286 n. i literat. tamże cyt. Z nowszych prawodawstw jedynie pr. saskie poszło za prawem rzymskiem (§ 1647 kod. sask.). Pr. francuskie dozwala darowizn, jednakże ułatwia ich odwołanie (art. 1096 k. Nap.). Z pomiędzy poprzedników ustawy cyw. austr. proj. terez. ograniczał wysokość ich (§. 193 n.), kod. józ. (§. 81), kod. gal. (§. 340 III.), podobnie jak obowiązująca ust. cyw. nie wyróżnia ich od darowizn w ogólności. HOFMANN l. c. str. 302 n. O dawniejszem pr. austr. ob. HARRAS. I. str. 118 n. uw. 23. Przepis §. 1246 u. c., jakkolwiek uważano go za zbyteczny, bo się sam rozumie, zamieszczono w ustawie właśnie z powodu, że w pr. posp. takie darowizny były zabronione (OFNER II. str. 146 §. 340).

dopóki udowodnione nie będzie, że przedmioty te żonie jedynie wygodzone zostały (§. 1247 u. c.)[2]).

O darowiznach między narzeczonymi ob. wyżej §. 413 (o zaręczynach).

§. 458.

Umowne ustanowienie dochodu na przypadek owdowienia[1]).

SCHEIDLEIN *Misc.* III. §. 97—100; NIPPEL *Darst.* §. 142 do 147; OGONOWSKI str. 362; ANDERS str. 169, *Grundr.* §. 56; KRAINZ II. §. 443.

Dochodem wdowim (*Witwengehalt, vidualicium*)[2]) nazywa ustawa to, co umową majątkową małżeńską[3]) przyrzeczono żonie na utrzymanie w przypadku owdowienia (§. 1242 u. c.). Nie czyni różnicy, czy przyrzekającym jest mąż (narzeczony), czyli też osoba trzecia[4]). Dochód wdowi z oprawą

---

[2]) Ob. o tem wyżej §. 448 uw. 10.

[1]) O dawniejszem pr. austr. przed proj. terez. ob. HARRASSOWSKI I. str. 132 uw. 27. Podobnie jak przy spólności majątk. i darowiznach, starano się w ciągu prac kodyf. ograniczać możność umawiania dochodu wdowiego ze względu na osoby uprawnione do legitymy i wierzycieli. Podług proj. terez. dozwolony wdowie dochód nieodwołalnym był o tyle, o ile nie obciążał więcej jak czwartą część majątku. Nadwyżka ponad czwartą część zaś mogła istnieć tylko o tyle, o ile nie było wierzycieli i uprawnionych do legitymy, którzy tem byliby pokrzywdzeni. Przy obradach nad proj. HORTENA przeważyło zdanie, że ograniczenia takie zwłaszcza ze względu na dziedziców koniecznych są zbyteczne, ob. HARRASSOWSKI III. str. 45 uw. 17, str. 59 uw. 56. W kod. józef. i w proj. MARTINIEGO tych ograniczeń już niema.

[2]) Dawne nazwy były: *Leibgeding, witiblicher Unterhalt, Witthum.* Przy obradach nad ust. cyw. przyjęto dla uproszczenia jedną nazwę: *Witwengehalt* (OFNER II. str. 135 §. 336).

[3]) Umowa taka jako maj. małż. nie wymaga formalności rozp. ost. woli (orz. 1931, 9218).

[4]) Niesłusznie niektórzy (OGONOWSKI str. 362, KRAINZ-PFAFF §. 443) twierdzą, iż taki dochód ustanowiony być

równy ma cel zapewnienia utrzymania żonie, jeśli mąż wcześniej od niej umrze. Gdy jednak to, co jako oprawa dane zostało, przechodzi w zupełności do majątku żony, przeciwnie dochód wdowi ograniczony jest do czasu wdowieństwa, poczem gaśnie [5]). Odpowiednio do tego przeznaczenia swego przedmiotem praw żony mogą być rzeczy, które są zdolne zaspokoić tę czasową potrzebę. Z reguły będzie to renta peryodyczna lub świadczenie pewnej ilości naturaliów, użytkowanie kapitału, majątku nieruchomego lub innych przedmiotów [6]). Rozciągłość tego utrzymania określa przedewszystkiem umowa; gdyby umową nie była określoną, to według analogii §. 672 u. c. obejmowałoby ono: żywność, ubiór, mieszkanie i wszelkie inne potrzeby wdowy na czas jej życia, a względnie wdowieństwa.

Czy taka umowa miałaby być poczytaną za darowiznę, jest kwestyą faktu; — darowizną byłaby, gdyby żona za to żadnego wzajemnego obowiązku na siebie nie przyjęła, w przeciwnym razie byłaby to umowa odpłatna [7]).

---

może tylko z majątku męża. Ograniczenie to sprzeciwia się historyi tego przepisu. Kod. terez. wyraźnie definiuje .. *eine Versorgung... wodurch... von dem Mann oder jemandem Anderen anstatt seiner... ein gewisser jährlicher Betrag an Geld, Fruchtgenuss eines Guts oder anderen Sachen bestellet und versicheret wird.*

[5]) Proj. terez. (I. 3 n. 259) upatruje w tem główną różnicę między dochodem wdowim a oprawą.

[6]) OGONOWSKI str. 364. W proj. terez. l. c. trwanie takiego poboru wdowiego wyraźnie ograniczono do czasu wdowieństwa. Chociaż ust. cyw. tego wyraźnego ograniczenia nie zawiera, wskazane one jest celem „utrzymania". Gdyby przedmiot miał podług umowy przechodzić na własność żony, nie byłoby to ustanowieniem dochodu wdowiego, lecz zwyczajną darowizną na przypadek śmierci. OGONOWSKI str. 365.

[7]) Tak jak zwyczajnie kwestyę tę stawiano „czy dochód wdowi jest darowizną?" (ANDERS str. 133, z dawniejszych SCHEIDLEIN l. c. §. 97), jest ona zd. m. mylnie sformułowaną. Może być ona darowizną, lecz może i nie być. W żadnym razie nie można zawarcia ślubu uważać za wzajemne świadczenie, jak to n. p. czyni orz. 6545 co do posagu i inne. Orz. 9218 motywuje uznanie takiej umowy za odpłatną tem, że ust. w §. 1246 u. c. odróżnia darowizny między małżon-

W ciągu trwania małżeństwa umowa o dochód wdowi nie ma z reguły żadnego skutku. O wyjątku w prawie konkursowem (§. 1260 u. c.) będzie mowa poniżej w nauce o materyalnem prawie konkursowem. O zabezpieczeniu w ciągu małżeństwa ob. poniżej §. 460.

Gdy celem dochodu wdowiego jest zaopatrzenie wdowy, ma ona prawo pobierać go od chwili zgonu męża, przyczem ustawa nadmienia, że dochód taki ma być jej wypłacany zawsze na trzy miesiące z góry (§. 1242 u. c.)[8]. Przepis ten ma zastosowanie oczywiście tylko tam, gdzie się inaczej nie umówiono. Gdyby uprawniona wdowa zmarła lub przestała być wdową w ciągu czasu, za który należą się alimenty, dziedzice, a względnie ona sama, nie są obowiązani do zwrotu tego, co naprzód wypłacono (§. 1418 u. c. 2. ust.)[9]. Z celu dochodu wdowiego wynika także, że gaśnie on w razie śmierci wdowy, albo gdy wdową być przestanie, t. j. wyjdzie powtór-

---

kami od kontr. maj. małż. Podobnie NIPPEL *Darst.* str. 119. W tym §. jednakże mówi ustawa widocznie o darowiznach, które nie mają znamion istotnych żadnego z kontraktów maj. małż., z czego bynajmniej nie wynika, iżby takie kontrakty nie mogły mieć znamion darowizny, albo też kontraktu odpłatnego. Że obowiązek dawania dochodu wdowiego polegający na umowie, nie jest „niejako" dalszym ciągiem obowiązku alimentacyi z §. 91 u. c. (jak twierdzi n. p. STUBENRAUCH i ELLINGER do §. 1242 u. c.) — o tem ob. OGONOWSKI str. 362, — a już wcale nie można wyprowadzać tego wniosku z §. 796 u. c., który się odnosi nie tylko do wdowy lecz i do wdowca i obowiązek utrzymania uzasadnia jedynie na ten przypadek, gdyby temu, kto drugiego przeżyje, brakło przyzwoitego utrzymania O tym §. 796 u. c. ob. HOFMANN *Unterhaltsanspr. d. überlebenden Gatten* w Grünh. I. str. 546. SCHIFFNER *Die sog. gesetzl. Vermächtn.* str. 81. Nauka o tem należy do prawa spadkowego.

[8]) Rozumie się — jeśli polega na peryodycznem płaceniu. W związku z tem przepis § 1418 u. c., który stanowi, że alimenta conajmniej na miesiąc z góry wypłacane być mają.

[9]) Gdy alimenta, skoro nadszedł dzień płatności, już należą się uprawnionej, nie ma wątpliwości, że wypłata ich za peryod rozpoczęty może być żądaną przez wdowę lub jej spadkobierców, choćby tymczasem stan wdowieństwa ustał. Tak NIPPEL II. str. 146; przeciwnie DOLLINER III. str. 286. Ob. poniżej §. 464 uw. 6.

nie za mąż (§. 1244 u. c.). — Dopóki żona korzysta z prawa żądania utrzymania po śmierci męża (§. 796 u. c.), nie może żądać wypłaty dochodu wdowiego (§. 1243 u. c. ust. 2)[10]).

§. 459.

Spólność majątkowa między małżonkami.

SCHEIDLEIN *Miscellen* 3. §. 56—84; NIPPEL *Darstellung* §. 125—141; OGONOWSKI I. str. 376—399; KRASNOPOLSKI w rec. dzieła tego Grünh. IX. str. 5, tenże *Anfechtung v. Rechtshandlungen* Grünh. XV. str. 101 n.; RANDA *Eigenth.* §. 21 od uw. 12–13; ANDERS §. 34, §. 40 VII, *Grundr.* §. 47, 58; KRAINZ-PFAFF II. §. 436, 446; ULMANN w art. *Die Stellung d. Ehegatten im Concurse* w Grünh. IV. str. 107—119; PFAFF w *Jur. Bl.* 1883 N. 23., DIERL *Ueber die Vereinbarkeit d. Heirathsg. u. d. Widerlage mit der allg. Gütergemeinschaft* w *Jur.* V. 296; ELLINGER *Rechtsfall üb. Einkindschaft u. Gütergem.* tamże XVIII. str. 307; PLACHY *Über ehel. Gütergemeinschaft* w *Zt. f. Not.* 1894 N. 23–26, BEŻEK *Ueb. die Gütergemeinschaft in der Praxis* w *Ztschr. f. Not.* 1893 N. 35; tegoż *Ueber die Bedeutung d. Anwartschaftsrechtes nach § 1236 b. G. B.* tamże N. 28.

I. Gdy, jak to już wyżej powiedziano, samo zawarcie małżeństwa nie powoduje żadnej zmiany w stosunkach majątkowych małżonków, spólność majątku między małżonkami nastąpić może jedynie tylko na podstawie umowy[1]), której

---

[10]) Ob. wyżej §. 446 i uw. 10 tamże. Gdyby tego zakazu kumulacyi nie było, mogłaby żona żądać dochodu wdowiego obok zaopatrzenia z §. 1243 u. c., gdyż pobieranie dochodu wdowiego nie zależy od tego, iżby wdowa pozbawioną była innego utrzymania. Natomiast jeśli pobiera dochód wdowi nie miałaby prawa do zaopatrzenia z §. 796 u. c., gdyż tenże §. nadaje jej to prawo tylko w razie, jeśli na przypadek przeżycia nie umówiono żadnego zaopatrzenia (HOFMANN l. c. str. 548 n. i uw. 8.

[1]) Istniejące dawniej w niektórych krajach austryackich na podstawie przepisów partykularnych i zwyczajów spólności majątkowe (ob w tej mierze HARRASSOWSKI *Cod. Ther.* I. str. 127 uw. 26) zniósł kod. józ. (§. 97). który dozwolił za-

rozciągłość i formę ustawa podług zawartych w rozdziale o spółkach §§. 1177 i 1178 u. c. oceniać każe (§. 1233 u. c.) [2]). Stąd wynika: *a*) że spólność między małżonkami może obejmować pewne tylko części składowe majątku (spółka partykularna) albo też cały majątek bez wyjątku, tak istniejący, jak i przyszły (spółka uniwersalna), przyczem reguła interpretacyjna §. 1177 u. c. ma zastosowanie (ob. o tem wyżej IV. §. 385); *b*) że pod względem formy ma tu zastosowanie §. 1178 u. c., wedle którego do ważności umowy spółki, mającej za przedmiot tylko teraźniejszy, lub tylko przyszły majątek, potrzeba spisania tych przedmiotów majątkowych, które do spólności są przeznaczone (a względnie tych, które od niej są wyłączone). Prócz tego kontrakt o spólność między małżonkami, jako kontrakt majątkowy małżeński winien być zeznany

---

prowadzenie takich spólności na mocy umowy, jednak skutki tej umowy ograniczył wyłącznie tylko na przypadek śmierci jednego z małżonków. Przepisy przejściowe dekr. nadw. z 27 lipca 1787 L. 700 i 701 zb. u. s. i 20 sierpnia 1787 regulowały kwestyę istniejących wówczas spólności ustawowych i zwyczajowych w ten sposób, iż od 1 stycznia 1787 spólności takie gasły, bez ujmy jednak dla praw wierzycieli. (ob. cyt. d. n. w SATTLERA *Handb. d oest. Eher.* II. §. 176—178). Ten stan rzeczy trwał aż do wprowadzenia ust. cyw. z r. 1811 we wszystkich krajach austr., z wyjątkiem Galicyi, gdzie kod. gal. również ustawowe i zwyczajowe spólności między małżonkami zniósł, umowy zaś między małżonkami o takie spólności postawił na równi z umowami między innymi kontrahentami zawartemi (§. 326, 327 III). W ciągu obrad kom. prawod. zgodzono się jednak na zasady kod. józ. (§. 92 98), poczem referent odnośne przepisy ustylizował. (OFNER II. str. 139—142 i 430) Rozmaite wnioski w tym przedmiocie przedkładane w ciągu obrad komisyi kompilacyjnej i rewizyjnej ob. HARRASSOWSKI I. str 127 uw. 26, wnioski zaś do proj. MARTINIEGO tamże V. str. 197 w uw. 8. Por. proj. ter. I. 3 n. 235—256, HORTENA I. 3 §. 85—90, MARTINIEGO III 10 §. 13, 14.

[2]) Mylnie BEŻEK l. c. na tej podstawie dowodzi, że do umowy o spólność między małżonkami zastosowywać należy przepisy rozdz. 16. i 27. u. c. W tym razie bowiem ust. cyw. nie ograniczyłaby się do powołania §. 1177 i 1178 u. c.

we formie aktu notaryalnego (ust. z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p.)[3]).

II. Umowa o spólność majątkową między małżonkami, bez względu na to, czy jest uniwersalną, czy partykularną, z reguły ma skutek dopiero po śmierci jednego z małżonków, w szczególności nadaje pozostałemu przy życiu małżonkowi prawo do połowy[4]) tego, co z majątku poddanego spólności po śmierci drugiego pozostanie. W ciągu trwania małżeństwa każdy małżonek pozostaje podmiotem praw, jakie miał w chwili zawiązania spólności, i rozrządzać może dowolnie tem, co wówczas posiadał lub później w jakikolwiek sposób nabył[5]), drugi zaś małżonek takim rozrządzeniom sprzeciwiać się nie może (§. 1234 u. c.). Podobnie też zobowiązania w obec osób trzecich, a nawet w obec drugiego małżonka, pozostają wyłącznie jego zobowiązaniami, tak, iż także stan bierny majątku każdego z małżonków pozostaje niezmienionym. Z natury rzeczy wynika jednakże, że wolność rozrządzania na przypadek śmierci znajduje naturalną granicę w tem, iż każdy rozrządzać może tylko tą połową majątku, spólnością objętego, która nie przypada małżonkowi przy życiu pozostającemu[6]).

Po śmierci jednego z małżonków, skutek umówionej między małżonkami spólności objawia się w ten sposób, że z obydwóch majątków, jakie istnieją w chwili śmierci jednego z małżonków, o ile poddane były spólności, tworzy się jedna całość, z której połowę obejmuje pozostały przy życiu małżonek,

---

[3]) O doniosłości tego przepisu formalnego ob. wyżej §. 452.

[4]) KRAINZ (PFAFF) §. 446 przy uw. 4 sądzi, że stosunek inny może być umówiony n p. $^2/_3$ i $^1/_3$ i t. p Ustawa jednakże jest jasną (§. 1234 u. c.), a podział na połowę historycznie usprawiedliwić się da względami na legitymę dzieci. Ob. HARRASSOWSKI l. c.

[5]) Por. PLACHY l. c. str. 153. Wynika stąd, że małżonkowie mogą także i między sobą interesa zawierać mimo istniejącej spólności. Por. także KRAINZ - PFAFF l. c. przy uw. 9 i 10 i orz. 2770, 2771, 4183.

[6]) KRAINZ-PFAFF l c. przy uw. 12. Stosunki prawne zawiązane między małżonkami za życia tracą w obec umówionej spólności skutek prawny po śmierci jednego, gdyż znoszą się wzajemnie. KRAINZ w uw. 14.

druga połowa zaś pozostaje dziedzicom zmarłego (§. 1234 u. c.)[7]. Ponieważ tylko czysty majątek w ten sposób rozdzielony być może, a prawa wierzycieli narażone być nie mogą, przeto przed podziałem długi, bez względu od którego z małżonków pochodzą, potrącone być muszą, a to przy spólności całego majątku wszystkie bez wyjątku, przy spólności tylko teraźniejszego albo tylko przyszłego majątku te, które na korzyść majątku spólności poddanego były obrócone (§. 1235 u. c.). W obec wierzycieli także i wówczas pozostaje dłużnikiem ten małżonek, który je zaciągnął, gdyż w obec osób trzecich stosunek ten, istniejący jedynie między małżonkami, a raczej między małżonkiem pozostałym a dziedzicami zmarłego, żadnej nie ulega zmianie.

III. Od reguły, że umówiona między małżonkami spólność skutek odnosi dopiero w chwili śmierci jednego z nich, istnieją następujące wyjątki:

1) W razie, jeśli w majątku jednego z małżonków znajduje się nieruchomość, będąca przedmiotem ksiąg publicznych, a prawo drugiego małżonka do spólności w księdze publicznej zapisane zostało, tenże drugi małżonek nabywa przez wpis prawo, odnoszące skutek już za życia obojga małżonków o tyle, że małżonkowi, którego własnością jest nieruchomość, nie wolno co do połowy dla drugiego przeznaczonej, żadnego czynić zarządzenia, któreby sprzeciwiało się prawu spółmałżonka; innemi słowy wszelkie rozrządzenie, pozbycie, obciążenie substancyi może być ważnem tylko o tyle, o ile temu prawu nie uchybia, zatem staje się bezskutecznem w chwili, gdy uprawniony małżonek właściciela przeżyje[8]. Właściciel rozrządzać

---

[7]) KRAINZ-PFAFF l. c. przy uw 11 wyraża to w ten sposób, iż przyjmuje się fikcyę, że obydwie strony równe części wniosły i zarówno do zarobku się przyczyniły.

[8]) Nie należy więc tego rozumieć w ten sposób, iżby właścicielowi już wcale żadnych zarządzeń tą połową czynić nie wolno, lecz tylko tak, że wszelkie zarządzenia mogą nastąpić jedynie z uwzględnieniem praw ewentualnych drugiego małżonka, a zatem mogą mieć skutek jedynie w granicach wpisu praw tegoż drugiego małżonka z księgi widocznych Tak n. p. gdyby właściciel przeniósł własność połowy, dla drugiego małżonka przeznaczonej, na trzecią osobę, własność

może swobodnie jedynie tylko pożytkami tejże połowy. W chwili śmierci właściciela pozostającemu przy życiu małżonkowi należy się natychmiast swobodna własność tejże połowy (§. 1236 u. c.). Drogą analogii rozszerzyć należy ten przepis, mówiący tylko o nieruchomościach, na wszelkie przedmioty ksiąg gruntowych, a więc także na zabezpieczone na nieruchomości kapitały [9]). Rozumie się — a nadto w ustawie wyraźnie powiedziano — że wpis taki nie może przynieść ujmy wierzycielom pierwej na majętności wpisanym (§. 1236 u. c. ost. ust.) [10]).

Gdy ustawa przyznaje to prawo tylko małżonkowi „przy życiu zostającemu" (*dem überlebenden Ehegatten*), przeto nie przechodzi ono na dziedziców uprawnionego, gdyby tenże zmarł pierwej, aniżeli drugi małżonek [11]). W takim przypadku owszem prawo to staje się iluzoryjnem, a zapisana połowa przypadnie spadkobiercom uprawnionego tylko o tyle, o ileby im była przypadła podług ogólnej reguły §. 1234 u. c., t. zn. o ile właściciel inaczej nią nie rozrządził [12]).

Ustawa nazywa prawo spółmałżonka, jeśli wpisane zostanie do ksiąg gruntowych, „rzeczowem" z tego powodu, ponieważ staje się ono przez wpis skutecznem w obec osób trzecich [13]). Gdy z treści tego prawa wynika za życia drugiego

---

ta zgasnąć by musiała w chwili, gdyby pozbywający zmarł przed drugim małżonkiem. Z orz. 7669 wynikać się zdaje, że Najw. Tryb. także w ten sposób pojmował skutek wpisu, przeciwnie orz. 3920.

[9]) Por. orz. 10046.

[10]) Później zapisani nabyli bowiem prawa już tylko z ograniczeniami widocznemi z wpisu (§. 443 u. c.).

[11]) Przeciwnego zdania KRAINZ-PFAFF l. c. przy uw. 23. Skoro ustawa przyznaje prawo tylko temu z małżonków, który drugiego przeżyje, ograniczenia w rozrządzaniu połową mają znaczenie tylko w tym przypadku, jeśli uprawniony przeżyje, odpadają więc w razie, jeśli tenże umrze przed właścicielem i nie mogą przechodzić na spadkobierców. Wynika owszem stąd, że w razie wcześniejszej śmierci uprawnionego pozostały przy życiu właściciel może żądać wykreślenia ograniczeń z §. 1236 u. c. Tak też słusznie SCHEIDLEIN str. 116, przeciw któremu OGONOWSKI str. 395 w uw. zd. m. bezpodstawnie polemizuje.

[12]) WINIWARTER IV. §. 319.

[13]) Istota tego prawa „rzeczowego" nie jest ustalona między autorami. Ustawa zdaje się przesądzać tej istocie uzna-

małżonka jedynie ograniczenie tegoż ostatniego w rozrządzaniu przedmiotem, wpis taki nastąpić może jedynie na karcie własności (§. 9 ust. kraj. z 20 marca 1874 L. 29 dz. u. kraj.

---

jąc je za prawo rzeczowe Wiadomo jednakże, że autorowie identyfikowali pojęcia prawa rzeczowego i prawa przeciw trzecim osobom skutecznego. Por. n. p. §. 1124 u. c. O tem też autorowie austr. najczęściej zapominają. ZEILLER III. str. 612 nadaje uprawnionemu nawet prawo rozrządzania połową substancyi, przyczem tylko pożytki mają pozostać temu, który nieruchomość pierwej posiadał. Dosłownie tak samo twierdzi NIPPEL VII. str. 595 — podobnie OGONOWSKI str. 391 i ULLMANN Grünh. IV. str. 118. Podobnie STUBENRAUCH do §. 1236., odmawiając jednakże uprawnionemu prawa pozbywania i obciążania. SCHEIDLEIN str. 114 upatruje podzieloną własność. Por. także JAWORSKI Ust hip. str. 44. RANDA *Eig.* str. 497 przyznaje uprawnionemu nawet prawo spółwłasności, ograniczone jedynie prawem użytkowania drugiego małżonka, pozostawiając nierozstrzygniętem, czy jestto *nuda proprietas*, czy *dominium dormiens*. ANDERS str. 144 i KRAINZ-PFAFF §. 446 po uw. 17 przyznawają uprawnionemu tylko expektatywę na przyszłe w chwili rozwiązania małżeństwa poczynające się prawo spółwłasności, zatem uznawają aż do tej chwili ustanawiającego za właściciela wyłącznego, którego własność jednakże czasowo a tem samem i pod względem treści jest ograniczoną i dla tego praktycznie równa się prawu użytkowania Natomiast ELLINGER do § 1236 u. c. uważa prawo to jedynie jako ograniczenie właściciela w możności rozrządzania zapisaną drugiemu połową. Por. nadto S—G. w *Ger. Halle* 1875 N. 67, BALTINESTER *Zur Anw. des §. 1236* w *Ztschr. f. Not.* 1888 N. 43 i BRAUN tamże N. 47, BEŻEK l. c. tamże 1893 N. 28. Z protokołów wynika, że ZEILLER proponując przepisy o spólności między małż., chciał je zaproponować zgodnie z §. 92 - 97 kod. józ. (OFNER II. str. 140), tenże kod. józ. zaś z intabulacyą żadnego innego skutku nie łączył jak tylko ten, iż połowa zapisana nie mogła być drugiemu na przypadek śmierci odjętą. Pierwotny projekt ZEILLERA opiewał: *Wenn... die Gemeinschaft... einverleibt worden ist, so kann der eine Theil über die dem anderen Theile vorbehaltene Hälfte keine eigenmächtige Verfügung treffen.* Prawo intabulowane więc tylko tem też różniło się od nieintabulowanego. Dopiero w drugiej stylizacyi (OFNER str. 141) powiedziano: *...so erhält dieser sogleich durch die Eintragung ein Miteigenthum auf die Hälfte der Gutes*, później jednak (OFNER str. 430) zwrócono uwagę na to, że w tym razie nie byłaby to

gal.) we formie adnotacyi (§. 20 lit. *a*, ust. powsz. o ks. grunt. z 25 lipca 1871 L. 95 dz. u. p.)[14]).

Gdy uzyskane przez intabulacyę prawo jest co do treści swej innem, aniżeli to, które drugi małżonek nabywa skutkiem samego zawarcia kontraktu o spólność, gdy w szczególności, odmiennie od tegoż ostatniego, ogranicza ono możność rozrządzania własnością, wpis nastąpić może jedynie tylko na podstawie zezwolenia właściciela [15]).

2) W przypadku, jeśli jeden z małżonków popadnie w konkurs, majątek dzieli się między nimi tak, jak w przypadku śmierci (§. 1262 u. c.). Bliższe szczegóły o tem podane będą poniżej w materyalnem prawie konkursowem.

3) Tak samo, jak w przypadku śmierci, następuje podział majątku w razie rozwodu orzeczonego wyrokiem, jeśli

---

już spólność, lecz każdy byłby właścicielem swej połowy, a więc byłby to raczej podział. Gdyby jednak intabulowano tylko *jus petendi* prawa spółwłasności, wpis taki miałby walor dopiero po śmierci drugiego. Skutkiem tego uchwalono zamiast wyrazu *Miteigenthum* wyrazy *Recht, vermöge dessen...* itd. jak w §. 1236 u c. O tem, aby to prawo miało być *ein dingliches Recht* nie było wówczas mowy, słowo *dingliches* dodane zostało w każdym razie dopiero po 3. odczycie (ob. §. 1124 3-go odczytu) a zatem w druku, widocznie przez ZEILLERA, który wychodził z założenia, że każde prawo osobiste staje się rzeczowem skutkiem intabulacyi. Z prakt. por. orz. z 1 czerwca 1880 *Jur. Bl.* N. 37, wedle którego pr. to jest *ein eventuelles, den Tod des anderen Ehegatten... voraussetzendes Recht*, a zatem nawet nie może być przedmiotem egzekucyi; orz. 6158, 6297 czynią różnicę między intabulowanem na podstawie umowy o spólność prawem spółwłasności, a prawem z §. 1236 u. c.

[14]) Taka adnotacya osiąga najzupełniej cel, t. j. zapobiega skuteczności dyspozycyi, któreby inaczej drugi małżonek z ujmą uprawnionego przedsięwziąć mógł. Por. cyt. w poprzedniej uw. orz. z 1 czerwca 1880, dalej orz. 7669, które uważa pr. zastawu (?) dla umówionej spólności majątku za wspomniane w §. 1236 prawo rzeczowe (!). Podług orz. 3929 obojętnem jest, czy prawo „rzeczowe“ ze spólności uwidocznione jest w stanie czynnym czy biernym realności.

[15]) I co do tego zdania są podzielone. Ob. OGONOWSKI str. 391 i STUBENRAUCH do §. 1236 u. c. przeciw SCHEIDLEINOWI str. 112, którego zdanie podziela — jak się zdaje — KRAINZ-PFAFF l. c. uw. 17. Jak w tekście orz. 2335.

jeden z małżonków uznany był bezwinnym. Temu bezwinnemu małżonkowi należy się bowiem od chwili rozwodu wszystko to, co w umowach małżeńskich zastrzeżono mu na przypadek przeżycia, zaczem majątek, co do którego umówiono spólność, dzieli się tak, jak w przypadku śmierci (§. 1266 u. c.).

IV. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie, czy przepisy §§. 1233—1236 u. c. są bezwzględnie obowiązujące, czyli też natury dyspozycyjnej, w szczególności, czy umowa o spólność majątkową zawartą być może z tym skutkiem, iżby przedmioty, wniesione już od chwili zawarcia jej, stawały się spólnemi, a więc, iżby żadnemu z małżonków bez porozumienia się z drugim nie wolno było za życia niemi rozrządzać. — W tej mierze odróżnić należy spólność uniwersalną, obejmującą cały, a więc tak teraźniejszy, jak i przyszły majątek obojga małżonków z jednej, a spólność partykularną z drugiej strony. Podług §. 1180 u. c. spólność uniwersalną (całego tak teraźniejszego, jak przyszłego majątku) oceniać należy zawsze podług przepisów, zawartych w §§. 1233—1236 u. c., zaczem spólność taka tylko ze skutkiem §. 1234 u. c. zawartą być może. Wyrazy „z reguły“ (*in der Regel*), zawarte w §. 1234 u. c., odnoszą się jedynie do tych przypadków, w których spólność na przypadek śmierci zawarta, mimo to za życia skutki odnosi (§. 1236, 1262 i 1266 u. c. — ob. wyżej pod III. 1, 2, 3), nie dowodzą zaś, iżby spólność taka z góry na czas trwania małżeństwa zawartą być mogła. Natomiast nie powinno być wątpliwości, że spólność partykularna między małżonkami tak na przypadek śmierci, jak i na czas trwania małżeństwa, a więc ze skutkiem natychmiastowym zawartą być może; spólność skuteczna już za życia małżonków jest jednakże zwyczajnym kontraktem spółki, nie zaś kontraktem majątkowym małżeńskim (*Ehepact*) i ocenioną być winna tak pod względem treści, jak i formy, podług ogólnych zasad o spółce zwyczajnej (rozdz. 27. u. c.)[16]).

---

[16]) Zwracam wyraźnie uwagę, że zdanie w tekscie pod IV. wyrażone jest zupełnie odosobnione i że z autorów austr. podziela je częściowo tylko ANDERS str. 145. Dla uzasadnienia swego zdania przytaczam najpierw, że przed wejściem w obrady o § 1180 u. c. ref. ZEILLER oświadczył za zgodą

§. 460.

O zabezpieczeniu praw z kontraktów majątkowych małżeńskich.

OGONOWSKI str. 291 — 295; GELLER *Die Sicherstellung d. Heirathsgutes* w *Ger. Halle* 1888 N. 17—23.

Prawom wynikającym z kontraktów majątkowych małżeńskich nie służą w ogólności żadne przywileje przed innemi

---

wszystkich wotantów, iż umowa o uniwersalną spólność majątku ze względu na prawa i obowiązki członków, rozdział zysków, wynagrodzenie szkody i majątek zakładowy różni się od wszelkich innych kontraktów o spólność. Mimo to kod. gal. nie daje o niej odrębnych przepisów a nawet w rozdziale o kontr. maj. małż. (§. 326 kod. gal.) odwołuje się do ogólnych przepisów o spólności, które jednak do uniwersalnej spólności zastosować się nie dadzą. Franc. prawo dopuszcza uniwersalnej spólności jedynie tylko między małżonkami. U nas co najmniej zwyczajnie zdarza ona się tylko między małżonkami. Z tego powodu ZEILLER zaproponował nowy § odpowiadający dosłownie treści §. 1180 u. c., wedle którego kontrakt o uniwersalną spólność oceniony być ma podług przepisów zawartych w rozd. o kontr. maj. małż (OFNER II. str. 113). Stąd wynika, że do takiej uniwersalnej spólności rozdz. 27 u. c. nie może być zastosowany, a tylko § 1233 do 1236 u. c., wedle których spólność, z wyjątkiem przypadków §. 1236, 1262 i 1266 u. c., za życia małżonków żadnych skutków nie odnosi. Podług §. 1233 (powołanie §. 1177 i 1178 u. c.) i 1235 u. c. mogą jednakże małżonkowie zawrzeć między sobą także spólność partykularną (odnoszącą się tylko do teraźniejszego lub tylko do przyszłego majątku, a nawet indywidualnie oznaczonych przedmiotów). Wedle §. 1180 u. c. spólność partykularna może być ocenioną także podług 27. rozdz., a ocenioną być musi podług tegoż rozdziału. jeśli ma odnieść skutek między żyjącymi gdyż w §. 1233—1236 u. c. przewidzianym jest tylko skutek na przypadek śmierci. Z historyi tych przepisów wynika, że począwszy od kod. józ. ustawodawstwo austr. nie sprzyjało spólności majątkowej małżonków. Już proj. terez. pozwalał na spólność *nur allein denen Handels-. Gewerbs- u Bauersleuten* (I 3 n. 235), a i u tych ograniczał ją ile możności przez regułę interpretacyjną n. 236, wykluczając w razie wątpliwości nabytek ze spadku i darowizny

prawami do majątku zobowiązanego [1]). W szczególności zabezpieczenie praw żony do posagu nastąpić może na majątku męża z reguły tylko na podstawie zezwolenia tegoż ostatniego

---

a nadto nadawał jej tylko i wyłącznie skutek po śmierci (n. 237), nadając z reguły uprawnionemu wyraźnie *kein dingliches sondern nur ein persönliches Recht wider die Erben des Verstorbenen, ihme die Hälfte des mit diesem gemein gehabten Vermögens auszufolgen* (n. 243). Jeszcze bardziej stanowczo wyraża się kod. józ. §. 92: *das dem anderen Theile ankommende Recht geht nicht weiter als auf die Hälfte desjenigen was... nach Vorsterben des Einen vorhanden sein wird.* Stylizacya ta nie pozostawia wątpliwości, że chodzi o *lex cogens* nie zaś *lex dispositiva*, a jeśli te same przepisy w ust. austr. tłumaczono jako *lex dispositiva*, stało się to z powodu, że wyrazy *in der Regel* (§. 1234 u. c), odnoszące się niewątpliwie tylko do §. 1236, 1262 i 1266 u. c., rozumiano mylnie w ten sposób, że przepis ten obowiązuje tylko w braku innej wyraźnej umowy, i nadawano mu znaczenie wyrazów *im Zweifel* (ob. ANDERS l. c., KRAINZ-PFAFF §. 446 uw. 14 i innych). Gdyby zresztą ustawa była chciała dopuścić uniwersalnej spólności za życia skutecznej, to nie sprzyjając w ogóle spólnościom niewątpliwie byłaby szczegółowo unormowała taką umowę; w obec dawnego dotąd jeszcze utrzymującego się zwyczaju spólności, którą ustawa chciała widocznie uchylić, przypuszczać było można, że przepis dyspozycyjny spowoduje jedynie to, iż spólności takie zamiast na mocy zwyczajów, byłyby się tworzyły na mocy umów — czem zamiar ustawy byłby udaremniony.

[1]) Prawa żony do żądania zwrotu posagu zabezpieczone były podług pr. posp. prawem zastawu z ustawy na majątku męża (*hypotheca tacita — privil. exigendi* w konkursie), podobnie pretensye z zarządu majątku paraferalnego i prawo żądania oprawy. Podobne przepisy istniały w niektórych krajach austryackich — ob. skazówki historyczne u HARRASS. *Cod. Ther.* I. str. 110 uw. 20. Takie hipoteki wykluczał już proj. terez. I. 3 n. 149, stanowiąc, iż zabezpieczenie posagu (n. 150) i oprawy (n 190) następować winno tak samo, jak innych pretensyi. Prawa takie pierwszeństwo miały jedynie przed „osobistemi“ pretensyami (n. 159, 191), prawo do dochodu wdowiego nawet i tego pierwszeństwa nie miało (n. 264, 265). Podobnie proj. HORTENA I. 3 §. 59, 60, 72. Kod. józ §. 73—75 zarządzał zabezpieczenie posagu na majątku męża, gdyby tenże zaś majątku własnego nie miał, kod. józ. powoływał do zabezpieczenia rodziców i dziadków w porządku,

przy oddaniu posagu [2]), po za tem zaś tylko w razie, gdyby się okazało niebezpieczeństwo [3]) (§. 1245 u. c.), a więc za wykazaniem, że mężowi grozi stan niewypłacalności [4]), że mąż trwoni majątek lub zarządza nim tak, iż utraty jego obawiać się należy, n. p. lokuje kapitały na niepewnej hipotece, bierze udział w ryzykownych przedsiębiorstwach i t. p. [5]) — w końcu w razie konkursu do majątku męża (§. 1260 u. c.) — o czem w materyalnem pr. konkurs. mowa będzie.

Kto oddaje posag, nie będąc do tego obowiązanym, od tegoż woli zależy, czy i jakie zechce wymówić sobie stosowne zabezpieczenie [6]). Kto obowiązany jest do ustanowienia po-

---

w jakim do dania oprawy byli obowiązani. Proj. MARTINIEGO tego ostatniego przepisu nie ma, — komisya zaś wprowadziła możność zabezpieczenia posagu, oprawy i dochodu wdowiego także w ciągu trwania małżeństwa w przypadku niebezpieczeństwa. Tej uwagi komisyi w kod. gal. nie uwzględniono. ZEILLER zaś, stylizując §. 1245 u. c., uwzględnił ją tylko co do posagu (OFNER II. str. 148 §. 342).

[2]) Rozumie się, że i przy ustanowieniu. Ustawa, mówiąc o oddaniu, rozumie widocznie najpóźniejszą chwilę, w której zabezpieczenie dobrowolne dane bywa. Jeśli oddanie nastąpiło bez zabezpieczenia, nie może ono już później być żądane. Por. OGONOWSKI str. 291.

[3]) Stylizacya §. 1245 u. c. wskazuje, że możność zabezpieczenia w razie niebezpieczeństwa odnosi się tylko do posagu, nie zaś do oprawy i dochodu wdowiego, o których w drugim ustępie jest mowa. — Tę różnicę między posagiem z jednej a innemi prawami żony z drugiej strony, zapoznawają niektórzy komentatorowie. Tak już ZEILLER str. 624, z najnowszych STUBENRAUCH ad §. 1245 u. c. Por. jednak OGONOWSKI str. 332 n. — O zabezpieczeniu oprawy w razie konkursu będzie mowa w nauce o mat. prawie konkurs. Por. §. 1260 u. c.

[4]) O kolizyi, jaka się wytworzyć może między prawem żony do zabezpieczenia posagu z §. 1245 u. c. a prawem innych wierzycieli do opugnowania tegoż z ust. z 16 marca 1884 L. 36 dz. u. p. ob. URANITSCH *Das Verhältniss des §. 1245 b. G. B. zu Z. 2 der §§. 3 u. 30 d. Ges. v. 16 März 1884* w *Jur. Bl.* z r. 1885 N. 10.

[5]) Słusznie URANITSCH wykazuje, że stan niewypłacalności męża nie jest jedynym przypadkiem usprawiedliwiającym zabezpieczenie praw żony z §. 1245 u. c.

[6]) Jeśli posag ma wracać do trzeciej osoby, dobrowolnie go ustanawiającej, niema wątpliwości, że tylko ta osoba ma

sagu, ma prawo wymagać stosownego zabezpieczenia, a gdyby mu danem nie było, nie może być zniewolonym do wypłaty [7]), chyba gdyby uprawniona (własnowolna) zabezpieczenia takiego się zrzekła [8]). Ktokolwiekby zaś z tego prawa przy oddaniu posagu nie skorzystał, później z reguły wymagać tego nie może, chyba, że niebezpieczeństwo utraty wykazać potrafi. Jeśli posag ustanowiony zostaje z majątku narzeczonej niewłasnowolnej, opiekun lub kurator ma obowiązek postarać się o zabezpieczenie go i nie wolno mu zaniechać tegoż bez przyzwolenia sądu opiekuńczego (§. 1245 u. c. ust. ost.) [9]).

Celem zabezpieczenia jest uzyskanie realnej pewności, iż posag w przypadku nadejścia chwili zwrotu jego będzie zwrócony. — Zabezpieczenie takie nastąpić może przez ustanowienie prawa zastawu lub poręki po myśli §. 1374 i 1375 u. c., a względnie złożenie kaucyi lub zabezpieczenie jej w sposób odpowiedni. Możebnem jest też niewątpliwie zabezpieczenie zwrotu przedmiotów posagowych przez złożenie ich w depozyt w taki sposób, iżby mąż w ciągu trwania małżeństwa tylko pożytkami, nie zaś substancyą mógł rozrządzać [10]),

---

prawo żądać zabezpieczenia i zabezpieczenia tego zrzec się może. Tak samo jeśli ustanowiła go żona, tylko jej to prawo służyć może. Wątpliwość mogłaby powstać jedynie co do praw żony przy ustanowionym przez osobę trzecią posagu który po myśli §. 1229 u. c. ma przypaść żonie. Zd. m. ma ona to prawo, bo wówczas posag, choć go ktoś trzeci ustanawia, ustanowiony jest dla żony (§. 1218 u. c.).

[7]) W tem tkwi głównie doniosłość uprawnienia z §. 1245 ust. cyw.

[8]) A może się zrzec, bo ustanowienie posagu następuje w jej interesie, nie zaś tego, kto posag ustanowić jest obowiązany. Por. orz. z 10 kwietnia 1894 L. 4320 w *Zt. f. Not.* 1894 N. 22.

[9]) Kwestyę, czy ojciec, skoro dla małoletniej córki z własnego majątku oddaje mężowi posag, jest uprawniony zwolnić męża od zabezpieczenia bez zezwolenia sądu, rozwiązać należy przecząco. Tu bowiem chodzi tak samo o interes małoletniej, który przestrzegać winien, jak przy posagu z jej własnego majątku. Przeciwnie orz. 14479.

[10]) Jestto zabezpieczenie prawa materyalnego, które dochodzone być winno drogą skargi, nie zaś procesualne. (Ob. GELLER l. c. N. 19 uw. 4). Prawo do zabezpieczenia jest nie-

Co się tyczy oprawy i dochodu wdowiego, to nie służy wprawdzie żonie prawo zabezpieczenia tych pretensyi w ciągu trwania małżeństwa (z wyjątkiem przypadku konkursu, §. 1260 u. c.)[11]), lecz podobnie jak przy posagu nie wolno opiekunom i kuratorom niewłasnowolnej narzeczonej zwolnić narzeczonego od realnego zabezpieczenia obowiązku zapłaty bez przyzwolenia sądu opiekuńczego. W obec tego jednak, że mąż ani oprawy, ani dochodu wdowiego ustanowić nie jest obowiązany, przepis ten może się odnosić tylko do tych przypadków, w których mąż oprawę lub dochód wdowi już przyrzekł[12]). W tych przypadkach opiekunowie lub kuratorowie obowiązani są pozwolenie na małżeństwo uczynić zależnem od zabezpieczenia oprawy lub dochodu wdowiego, jeśli sąd nie zwolni z tego obowiązku. Nie uzyskawszy takiego „dobrowolnego“ zabezpieczenia, nie mają prawa wymagać go później chociażby w przypadku niebezpieczeństwa, ponieważ zabezpieczenie takie późniejsze ustawa ogranicza do obowiązku zwrotu posagu[13]).

---

jako kompensatą za służące w takich przypadkach podług pr. rzymskiego (i pruskiego) prawo żądania zwrotu posagu w ciągu trwania małżeństwa, albo *separation des biens* pr. franc.

[11]) Ob. wyżej uw. 3.

[12]) Obowiązek zabezpieczenia oprawy dałby się usprawiedliwić tylko tam, gdzie — jak w pr. posp. — mąż miał obowiązek do jej ustanowienia.

[13]) W kod. gal. §. 342 II. posag, oprawa i dochód wdowi zrównane były całkowicie pod względem zabezpieczenia, lecz tam nie było jeszcze mowy o zabezpieczeniu posagu w razie niebezpieczeństwa. O ile §. 342 II. traktował posag na równi z oprawą i dochodem wdowim, także i dziś §. 1245 u. c. traktuje je na równi.

ROZDZIAŁ III.

O wpływie zniesienia spólności małżeńskiej na prawa majątkowe małżonków.

---

§. 461.

O wpływie rozdziału na stosunki maj. małżonków.

SCHARSCHMID *Von d. Alimentation der geschiedenen Ehegatten* (1826); NIPPEL *Darstellung* §. 23, 196—198; DOLLINER III. str. 32 n., 143 n., 149 n., 187 n., tegoż *Wirkung d. Scheidung auf die Ehepacten* w *Zt. f. oest. Rg.* I. str. 357 n.; OGONOWSKI str. 416 n.; ANDERS §. 36, *Grundr.* §. 49; KRAINZ §. 432.

I. Rozdział od stołu i łoża nie narusza samego związku małżeńskiego, a jedynie uchyla spólne pożycie małżonków. — Z tego powodu przedewszystkiem odpadają wszelkie prawa i obowiązki majątkowe, które są uzasadnione w samej spólności życia, a więc: obowiązek męża dawania żonie utrzymania w naturze (§. 91 u. c.), domniemane pełnomocnictwo do zarządu majątkiem jej (§. 1238 u. c.), tem samem zaś uwolnienie go od składania rachunków (§. 1239 u. c.), domniemanie, iż dorobek od męża pochodzi (§. 1237 u. c.); — małżeństwo nie stanowi nadal przeszkody, tamującej zasiedzenie i przedawnienie (§. 1495 u. c.).

Co się tyczy innych skutków rozdziału ze względu na prawa i obowiązki majątkowe, należy odróżnić dobrowolny rozdział od niedobrowolnego.

W szczególności:

1) Jeżeli małżonkowie postanowią zgodnie rozdział od stołu i łoża, uregulowanie na przyszłość stosunków majątkowych między nimi zależy od ich zgodnej woli. Sąd dążyć musi do załatwienia ugodą wzajemnych praw i obowiązków i żądać od małżonków potwierdzenia, że co do tego są w zgodzie (§. 105 u. c.). Zastrzeżenie dalszych układów o utrzymanie żony (lub dzieci) o rozdział majątku lub wzajemne pretensye, nie jest dopuszczalny przy dobrowolnym rozdziale (§. 8 d. n. z 23 sierpnia 1819 L. 1595 zb. u. s.). Załatwienie tych kwestyi między sobą jest więc w interesie obojga małżonków; gdyby bowiem tego przed dobrowolwym rozdziałem nie uczynił, przeprowadzenie późniejsze takich praw drogą procesu nie jest dopuszczalnem [1]). Gdy taka ugoda ma wszelkie znamiona kontraktu majątkowego małżeńskiego, wymaga

[1]) Spornem jest, czy sąd powinien przekonywać się z urzędu o zawarciu umowy pod względem stosunków majątkowych (jak tego wymaga RITTNER str. 327 uw. 8), czyli też ma się zadowolnić zgodnem oświadczeniem stron, iż umowę taką zawarły (jak twierdzą inni: DOLLINER III. str. 34 n., NIPPEL II. str. 63 i t. d.). Zdaniem mojem przekonywanie się sądu byłoby zupełnie bezcelowem, gdyż sąd nie miałby nigdy pewności, czy umowa przedłożona nie jest pozorną, ani też czy strony nazajutrz jej nie zmienią lub nie rozwiążą. Gwarancyą dla sądu jest jedynie okoliczność, że gdyby strony nie uregulowały tej kwestyi przed orzeczeniem, później żadna z nich wbrew woli drugiej niczego żądać nie może, czego by sobie przed rozdziałem nie wymówiła. Nie mogę się też zgodzić z tego powodu z twierdzeniem ANDERSA str. 150 uw. 9, iżby *de lege ferenda* zdanie RITTNERA było odpowiedniem, jak niemniej z twierdzeniem OGONOWSKIEGO str. 418, że sąd winien przestrzegać, iżby w takiej umowie mąż nie był zwolniony od dawania żonie koniecznego utrzymania. Ustawa w ogóle nie dozwala tu sądowi wpływu na treść umowy, a tem mniej w tym przypadku, gdzieby wpływ taki był niepowołanem opiekowaniem się prawami, któremi żona dowolnie rozrządzać może; — bo gdyby nawet była małoletnią, układ winien by być zatwierdzony przez sąd, lecz nie w charakterze małżeńskiego, lecz sądu opiekuńczego (§. 106 u. c.). O zabezpieczeniu praw dzieci przy separacyi dobrowolnej będzie mowa w nauce o stosunku rodziców do dzieci.

ona formy aktu notaryalnego (ust. z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p.)[2]. Jeśli strony interesowane nie postanowiły inaczej, rozdział nie ma wpływu na istnienie kontraktów małżeńskich (§. 1263 u. c.).

2) W przypadku niedobrowolnego rozdziału od stołu i łoża sąd, przed wydaniem wyroku, również powinien się starać, aby stosunki majątkowe między małżonkami ugodą były załatwione (§. 108, 117 u. c.). Gdyby takie załatwienie nie nastąpiło, nie może jednak — jak przy dobrowolnym rozdziale — pozostawić uregulowania ich małżonkom samym; uregulowanie ich zależy owszem od rozstrzygnięcia, czy i który z małżonków ponosi winę, które to orzeczenie przy separacyi niedobrowolnej zawsze nastąpić musi (§. 12 cyt. dekr. nadw.).

II. Orzeczenie co do winy ma ze względu na ustawowy obowiązek męża do utrzymywania żony (§. 91 u. c.) skutek następujący:

a) Żona traci to prawo bezwarunkowo tylko wówczas, jeśli sama za winną separacyi uznaną zostanie, wówczas bowiem nie tylko przyzwoitego, lecz żadnego utrzymania żądać nie może[3]).

b) Jeżeli mąż sam ponosi winę, prawo żony do żądania przyzwoitego utrzymania ulega jedynie tej zmianie, iż ze względu na uchylenie spólnego pożycia utrzymanie takie nie w naturze, lecz w rencie pieniężnej świadczone być musi. Renta taka należy się żonie bez względu na to, czy posiada własny majątek, czy nie[4]).

c) Podobnie się rzecz ma, jeśli rozdział nastąpi bez winy żadnej strony, gdyż i wówczas żona nie może być pozbawioną należącego się jej utrzymania.

d) Gdyby rozdział nastąpił z winy obojga małżonków, pozostawionem jest ocenieniu sądu, czy, uwzględniając wszystkie zachodzące okoliczności i względy słuszności, za żoną przemawiające, nie uzna za stosowne wyjątkowo zniewolić męża

---

[2]) Por. orz. 15305.

[3]) Tak słusznie RITTNER str. 334 uw. 28 przeciw wymienionym tamże autorom. Ob. cyt. wyżej w §. 440 uw. 22 orzecz.

[4]) Por. orz. 4623, 8901.

do dawania jej przyzwoitego utrzymania (d. n. z 4 maja 1841 L. 531 zb. u. s.) [5]).

III. Ze względu na kontrakty małżeńskie, wyrok zapadły w procesie o rozdział ma skutek następujący:

a) jeśli żadne z małżonków nie ponosi winy w rozdziale, albo jeżeli obydwoje winę ponoszą, służy każdemu z nich prawo żądania, aby kontrakty małżeńskie uznane zostały za rozwiązane; inaczej pozostawają w mocy;

b) jeżeli zaś jedno z nich jest bezwinnem, ma prawo wyboru, czy zechce żądać utrzymania, czyli też rozwiązania kontraktów małżeńskich [6]). „Podług okoliczności", t. j. jeśli bezwinną jest żona, wolno jej oprócz tego żądać odpowiedniego utrzymania, gdyby kontrakty maj. na jej żądanie zniesione zostały, albo też, chociaż zachowane w mocy, takiego utrzymania jej nie zapewniały (§. 1264 u. c. ust. 2) [7]).

---

[5]) Por. orz. 2397, 2606.

[6]) Przepisu o tem, co się ma stać z małż. kontraktami majątkowymi w razie separacyi, w kod. gal. nie było. W §. 343 k. g. przewidziano jedynie rozwiązanie małżeństwa lub uznanie go za nieważne i na te przypadki postanowiono, że strona bezwinna zachowuje swe prawa do majątku drugiego rzetelnie umówione. W ciągu debaty o tym §-fie uznano za potrzebne dodać przepisy o skutkach separacyi na kontr. małżeńskie, a to osobne dla dobrowolnej i niedobrowolnej separacyi. Na treść §. 1263 u. c., ułożoną przez prez. HAANA, zgodzono się łatwo; na przypadek niedobrowolnej separacyi uchwalono na wniosek tegoż samego to, co w ostatnim ustępie §. 1264 u. c. zawarte. O przypadkach w pierwszym ustępie §. 1264 u. c. przewidywanych, nie było mowy ani w pierwszym (OFNER II. str. 151 n.), ani też w ostatnim odczycie (tamże str. 573 §. 1243 i 1244 — por. §. 1244 superrew. proj. tamże str. 796). Ustęp ten dopiero w druku dodany został.

[7]) Wyrazy „podług okoliczności" połączone z poprzedzającą alternatywą utrzymania lub rozwiązania kontraktów małż. słówkiem „albo" (*oder*), rozmaicie bywały tłumaczone i przyznać trzeba, że są zbyt ogólnikowe. Jedni (jak n. p. ANDERS str. 151 i KIRCHSTETTER do §. 1264 u. c.) nadają wyrazowi *oder* znaczenie łączące (*und*) zamiast rozłączającego, co przedstawia się jako *interpr. abrogans*, a więc jest niedopuszczalnem. Za ZEILLEREM III. str. 655 inni autorowie (DOLLINER III. str. 181, STUBENRAUCH, KIRCHSTETTER do §. 1264

W przypadku uznania kontraktów małż. za rozwiązane, skutki ich ustają *ex nunc*, t. j. z chwilą dokonania wyboru przez uprawnionego [8]). Z tą też chwilą wszystko powraca do stanu, jaki istniał przed ich zawarciem. Mąż jest więc obowiązanym zwrócić posag żonie [9]), wypłaty przyrzeczonego posagu domagać się nie może, żona traci prawo żądania oprawy i dochodu wdowiego; majątek spólności poddany powraca do swobodnej nawet w przypadku śmierci dyspozycyi właściciela [10]). Pożytki posagu i oprawy do chwili rozwiązania kontraktów małżeńskich, jako na podstawie istniejącej wówczas umowy pobrane, zwrócone być nie muszą.

IV. Szczegółowe przepisy o zaopatrzeniu wdów po urzędnikach i prowizyonistach rządowych w przypadkach separacyi, zawarte są w ustawach administracyjnych. Co do wdów po

---

u. c.) powtarzają, że podług §. 1264 u. c. może żądać tego utrzymania tak mąż, jak i żona, a to żona w każdym razie, mąż zaś tylko wówczas, jeśli innych środków utrzymania nie ma. Powyżej jednak (§. 446 i uw. 12) wykazano, że mąż nigdy tego prawa nie ma. Wyrazy wspomnione mogą więc tylko oznaczać to, iż małżonkowi bezwinnemu służy prawo żądania utrzymania w przypadku §. 1264 u. c. tylko wówczas, „jeśliby mu także i po za tym przypadkiem takie prawo służyło. PFAFF (*Replik* w Grünh.) twierdzi, że wyraz *oder* rozumieć należy w znaczeniu *beziehungsweise*. Zdanie to zdaje się być trafnem. Z prakt. por. orz. 1383, 2677, 2947, 8810.

[8]) Praktyka odnosi rozwiązanie kontr. do chwili skargi; por. orz. 11430. (Niema jednak wątpliwości, że jeśli druga strona, uznając dobrowolnie kontrakty za rozwiązane, uchyli powód do procesu, chwila wyboru jest rozstrzygająca.

[9]) Choćby przez kogoś trzeciego dla niej był ustanowiony (§. 1229 u. c. — por. orz. 1145). Inaczej przy uznaniu małżeństwa za nieważne (por. orz. 11430 i mot. I inst. orz. 1145). Kwestya, czy ten, kto ustanowił posag, może żądać od żony zwrotu jego po śmierci męża, zależy od tego, czy sobie takie prawo zastrzegł.

[10]) Por. orz. 1145, 2138, 8403, 8708, 8901, 11262, 11547, 12198, 12488. Gdyby prawo do spólności było intabulowane, powinno nastąpić wykreślenie jego. Por. szczeg. orz. 1145, 12488.

urzędnikach istnieje zasada, że tracą prawo do zaopatrzenia wdowiego tylko wówczas, jeśli separacya z winy ich nastąpiła (§. 17 ust. z 14 maja 1896 L. 74 dz. u. p.)[11]).

§. 462.

O wpływie rozwodu na stosunki majątkowe małżonków.

SCHEIDLEIN §. 152—155; NIPPEL *Darst.* §. 25; DOLLINER IV. str. 255 n.; ANDERS str. 160 n., 173 n., *Grundr.* § 52, 59; KRAINZ-PFAFF §. 447.

I. Z chwilą, gdy rozwód prawomocnie zostaje orzeczony, ustaje spólne pożycie, a tem samem ustają też skutki majątkowe małżeństwa, o ile one uzasadnione są jedynie w spólnem pożyciu małżonków, tak samo, jak przy rozdziale od stołu i łoża (ob. wyżej §. 461).

II. Gdy jednakże rozwód nie tylko uchyla spólność pożycia, lecz rozwiązuje węzeł małżeński, a tem samem małżeństwo przestaje istnieć, gasną nadto też z reguły wszelkie wzajemne prawa i obowiązki małżonków, bez względu na to, czy polegają na ustawie, czyli też na kontrakcie małżeńskim, o ile ugodą małżonków, którą sędzia w każdym razie usiłować winien (§. 117 u. c.), na przyszłość utrzymane nie zostaną. W szczególności rzecz się ma tak, jeśli rozwód następuje na żądanie obydwóch stron z powodu nieprzezwyciężonego wstrętu (§. 115 u. c.), lub też jeśli wyrok, orzekający rozwód, obydwie strony uznaje winnemi rozwodu (§. 1266 u. c. i dekr. nadw. z 23 sierpnia 1819 L. 1595 zb. u. s.)[1]). W tych tedy

---

[11]) Ob. POSANNER *Pensionen u. Provisionen* (1898).

[1]) Jakkolwiek w §. 18 d. n. z 23 sierpnia 1819 nie jest wyraźnie wypowiedzianem, iż wyrok w sprawie rozwodowej powinien zawierać orzeczenie także o winie małżonków rozwiedzionych, najw. tryb. w orz. plenarnem z 1 marca 1892 L. 1988, zamieszczonem w rep. orz. L. 152 (orz. 14137) słusznie uznaje orzeczenie o winie jako istotne i konieczne, odwołując się na §. 13 tegoż d. n., który dozwala zastosowania przepisów o orzeczeniu rozdziału od stołu i łoża do postępo-

przypadkach rozwiązanie wszelkich stosunków majątkowych między małżonkami następuje w chwili prawomocności orzeczenia rozwodowego (*ex nunc*) [2]). Ustaje więc obowiązek alimentacyi żony, prawo męża do zarządu majątkiem żony, ewentualnie prawo użytkowania jego, posag musi być zwrócony temu, kto go wypłacił [3]), przyrzeczonego zaś posagu mąż już domagać się nie może, oprawę mąż zatrzymuje, o dochodzie wdowim i zaopatrzeniu wdowy nie może być mowy, a spólność majątku, umówiona na przypadek śmierci, przestaje być skuteczną; — każdy z małżonków odbiera swoje.

III. Inaczej się rzecz ma, jeśli wyrok rozwodowy orzekł winę jednego tylko z małżonków. W tym przypadku bowiem, kto z małżonków nie jest winnym rozwodu, ma prawo żądania od winnego nie tylko zupełnego zadośćuczynienia (*volle Genugthuung* — §. 1323 u. c.), lecz nadto prawo żądania tego wszystkiego, co w kontraktach małżeńskich było mu przyrzeczone na przypadek wcześniejszej śmierci drugiego małżonka (§. 1266 u. c. ust. 2). Żona bezwinna może więc z tytułu wynagrodzenia szkody i ubytku w zysku żądać alimentacyi tak, jak gdyby małżeństwo trwało nadal [4]) — ewentualnie wydania posagu, wypłaty oprawy, wiana i dochodu wdowiego [5]). Bezwinny mąż zatrzymuje przyznane mu w kontrakcie małżeńskim prawo użytkowania majątku żony, zapewnione mu na

---

wania o unieważnieniu i rozwodzie małżeństwa. (Przeciwnie jeszcze orz 10197 z r. 1884).

[2]) To, co na podstawie istniejących kontraktów małżeńskich już wzajemnie świadczono, pozostaje ważnie świadczonem, n. p. wypłacone wiano, natomiast niewypłaconego żona już więcej domagać się nie może. DOLLINER l. c. str. 256.

[3]) Gdyż odpadło jego przeznaczenie.

[4]) Zmienia się jednak tytuł żądania, bo alimentacya należy się żonie wówczas tytułem wynagrodzenia szkody, co może mieć praktyczną doniosłość ze względu na przedawnienie. — Z natury rzeczy wynika, że pretensya ta ustaje, jeśli żona ponownie wyjdzie za mąż.

[5]) Wątpliwem być może, czy żona ma prawo do żądania wypłaty wiana. Przyznać by jej można to prawo tylko z tytułu odszkodowania, gdyż §. 1266 u. c. przyznaje z kontraktów małżeńskich tylko to, co na przypadek przeżycia przyrzeczone zostało.

przypadek jej śmierci, uwolniony zaś zostaje od zapłaty oprawy, a nawet od wydania posagu, gdyby mu takie uwolnienie na przypadek wcześniejszej śmierci żony było przyznane. W przypadku umówionej spólności majątek dzieli się tak, jak w przypadku rozwiązania małżeństwa przez śmierć (§. 1266 u. c.)[6].

O skutkach, jakie wywiera rozwód na prawa spadkowe małżonków, będzie mowa w nauce prawa spadkowego.

§. 463.

Wpływ uznania małżeństwa za nieważne na prawa majątkowe.

NIPPEL *Darst.* §. 24; DOLLINER III. str. 482 n.; ANDERS §. 26, *Grundr.* §. 32; KRAINZ §. 447 i uw. 6*a*.

Jeśli małżeństwo uznane zostanie za nieważne, okazuje się, że między osobami, które uchodziły za małżonków, nigdy ważnego małżeństwa nie było, stosunek zaś, który istniał, był tylko pozornie małżeńskim. Ścisłą konsekwencyą takiego stanu rzeczy jest przywrócenie także i majątkowych stosunków, czy one się wytworzyły na podstawie ustawy, czy na podstawie umów, do stanu onego, jaki istniał przed zawarciem aktu nieważnego, czyli — jak się ustawa wyraża — majątek, o ile istnieje, powraca do stanu poprzedniego, a kontrakty małżeńskie „rozpadają się“ (§. 1265 u. c.). Wynika stąd, że wszystko, co jedna strona świadczyła drugiej w przypuszczeniu, że małżeństwo istnieje, powinno być zwrócone świadczącemu tak, jak gdyby pozorny ten stan wcale nigdy nie był istniał. O ile przedmioty, w ten sposób świadczone, w czasie uznania małżeństwa za nieważne jeszcze w majątku jednej lub drugiej strony istnieją, przywrócenie do pierwotnego stanu nie przedstawia trudności. Każda strona ma prawo odebrać to, co dała, tak, ażeby jedna strona z krzywdą drugiej się nie wzbogaciła (*condictio indebiti* — §. 1431, 1437 u. c.)[1]. Gdyby taki zwrot

---

[6]) Ob. wyżej §. 459.

[1]) O przedmiotowej rozciągłości tego obowiązku ob. wyżej §. 409 i uw. 24—26.

nie był możebnym z powodu, że rzeczy świadczone już zużyte zostały, a istnienie wartości ich w majątku nie dałoby się wykazać, obowiązek wynagrodzenia szkody może trafić tylko tego małżonka, który poczytany być może za winnego, t. j. któremu stan rzeczy, uzasadniający nieważność małżeństwa, był wiadomy lub też powinien był być wiadomy — i to tylko w obec małżonka, który może być poczytany za bezwinnego, t. j. który z powodów prawdopodobnych małżeństwo za ważne uważał (§. 102, 1265 u. c.). Stąd wynika, że jeśli żadnemu z małżonków winy przypisać nie można, albo jeśli obydwoje są winni, żadno drugiemu szkody wynagrodzić nie potrzebuje. Kto wówczas na tem ponosi stratę, poczytać ją musi za przypadkową albo zawinioną [2]).

W szczególności: skutkiem cofnięcia ustawowych skutków małżeństwa, w razie winy męża a bezwinności żony, nie ma tenże prawa żądać zwrotu wydatków, które na jej utrzymanie łożył, natomiast pod względem zarządu jej majątkiem poczytany być musi jako *negotiorum gestor*, ponieważ domniemanie pełnomocnictwa opiera się tylko na ważnem małżeństwie (§. 1238 u. c.), nadto żona ma prawo żądać wynagrodzenia szkody podług ogólnych zasad, a to jeśli wina męża polega na *dolus* lub *culpa lata*, nietylko *damnum emergens*, lecz i *lucrum cessans* (§. 1323 i 1324 u. c.). Rozumie się, że prawa osób trzecich, nabyte w dobrej wierze na podstawie aktów, z mężem w granicach domniemanego pełnomocnictwa zawartych, uznaniem małżeństwa za nieważne dotknięte być nie mogą (anal. z §. 1026 u. c.) [3]).

W razie winy żony a bezwinności męża, mąż ma prawo żądania zwrotu tego wszystkiego, co przez czas pozornego małżeństwa wyłożył na jej utrzymanie. Co się tyczy zasiedzenia i przedawnienia między pozornymi małżonkami, to mimo

---

[2]) Por. orz. 9365 — i *Neue Folge* 142.

[3]) Pełnomocnictwo domniemane legitymuje męża w obec osób trzecich, tak samo, jak wyraźne. Nie ma zaś wątpliwości, że interesa, któreby zawarł mąż na podstawie wyraźnego pełnomocnictwa, w obec §. 1026 i 1017 u. c. musiałyby pozostać ważnemi, — tem bardziej, że domniemanie zawsze za ważnością małżeństwa przemawia (§. 99 u. c.).

nieważności małżeństwa pozorny ten stosunek musi być poczytany za okoliczność wstrzymującą bieg zasiedzenia i przedawnienia (§. 1495 u. c.) o tyle, o ile rozchodzi się o prawa małżonka, w dobrej wierze będącego [4]. Co do kontraktów małżeńskich, to one się „rozpadają“ (§. 1265 u. c.), okazuje się bowiem, że nigdy ważnie istnieć nie mogły [5]. Każda strona, która otrzymała coś na podstawie takich kontraktów, zwrócić to musi podług zasad §. 1437 u. c. w miarę swej dobrej lub złej wiary [6].

---

[4]) O tyle też zmienić muszę zdanie powyżej II. §. 182 w uw. 5 wypowiedziane i przyłączam się do zdania UNGERA II. str. 420 uw. 8. Przeszkoda ścisłego przestrzegania praw, która mię skłoniła do wyrażonego w II. §. 182 zdania, istnieje bowiem tylko w obec małżonka, który o nieważności małżeństwa nie ma wiadomości. Tak też WINIWARTER V. §. 159, STUBENRAUCH do §. 1495 u. c., ANDERS str. 105. Dodać jednak należy, że jeśli chodzi o przeszkodę prywatno-prawną, świadomość o nieważności małżeństwa może być zarzuconą małżonkowi dopiero od chwili, gdy przyczyna nieważności przez uprawnionego podniesioną została.

[5]) Autorowie za ZEILLEREM III. str. 658 wyrażają się, że *pacta nuptialia* zawierane bywają pod milczącym warunkiem ważności małżeństwa, są tedy nieważne w razie nieważności małżeństwa — z powodu niespełnionego warunku. Że tu niema mowy o warunku w techn. słowa znaczeniu, dowodzić nie potrzeba. Ważność małżeństwa jest tylko t. zw. *conditio juris* — ob. o tem I. §. 85 II. 1.

[6]) Prawie wszyscy autorowie powołują się na §. 1458 u. c. dla uzasadnienia, że strona, w dobrej wierze będąca, pożytków tymczasem pobranych zwrócić nie potrzebuje. Z brzmienia §. tego: *Die Rechte eines Gatten... und andere Personenrechte...* i z historyi jego wynika jednakże, że §. ten ma na myśli tylko prawa małżeńskie czysto-osobowe. W §. 598 kod. gal., odpowiadającym §. 1458 u. c., było powiedziane: *Die Rechte eines Gatten... u. andere persönliche Rechte, die mit dem Sachenrechte nichts gemein haben...* — Wiedeński fakultet stylizować chciał: *Rechte der Personen*, uważając, że przez to zwrot: *die mit dem Sachenrechte nichts gemein haben*, stanie się zbytecznym. Referent umieścił wyraz *Personenrechte*, sądząc, że tym sposobem ustylizował to po myśli *monitum* i tak uchwalono (OFNER II. str. 261 §. 598), z czego wynika, że autorowie ust. cyw. z całą świadomością w tym §-fie mówili wy-

Dodać tu należy — co się zresztą samo przez się rozumie — że nieważność umów maj. małżeńskich w przypadku nieważności małżeństwa skutek ma *ex tunc*, t. j. od chwili ich zawarcia [7]).

§. 464.

Skutki majątkowe ponownego wejścia w związek małżeński.

DOLLINER IV. str. 306 — 308; MICHEL w HAIM. *Oesterr. Viertelj.* II. str. 29 n. (szczeg. str. 56 — 58); PFAFF-HOFM. *Excurse* II. str. 13 n.; ANDERS §. 42, *Grundr.* §. 60.

I. Jeśli po rozwiązaniu pierwszego małżeństwa przez śmierć jedno z małżonków wstępuje w ponowny związek małżeński, ustają dlań owe korzyści majątkowe, które, czy to z ustawy, czy też z dyspozycyi stron na czas wdowieństwa są ograniczone (§. 796, 1243, 1244, 1257 u. c.). Jeżeli rozwiązanie małżeństwa nastąpiło przez rozwód, małżonkowie, chociażby bezwinnie rozwiedzeni, tracą wzajemnie ustawowe prawo dziedziczenia po sobie (§. 1266 u. c. ust. ost.), nadto żona rozwiedziona nie może już nadal żądać od męża

---

łącznie tylko o prawach ściśle osobowych. Ostatni ustęp zaś: *doch kommt denjenigen, welche dergleichen Rechte redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit... zu statten,* odnosi się do stanu faktycznego wykonywania „takich" praw osobowych (małżeńskich, rodzicielskich), o jakich była mowa w pierwszym ustępie. Wzmianka ostatniego ustępu o ochronie faktycznego wykonywania takichże praw na wzór skarg posesoryjnych, zdaje się mieć źródło swe w tradycyach prawa kanonicznego. BRUNS *Das Recht d. Besitzes im Mittelalter* str. 171 n., 191 n. wykazał, że w prawie kanonicznem od dawna wyrobione było pojęcie posiadania praw osobowych małżeńskich, że mianowicie już w XII. wieku zastosowywano do praw takichże małżeńskich pojęcia *petitorium i possessorium,* spoliacyi i restytucyi i t. p.

[7]) Por. orz. 11430.

utrzymania, przysługującego jej z tytułu odszkodowania (§. 1266 u. c. ust. 2). — Jeśli małżeństwo uznane zostało za **nieważne**, wstąpienie mniemanych małżonków w związki małżeńskie nie jest **ponownem** wstąpieniem. Należące się wówczas w myśl §. 102 i 1265 u. c. odszkodowanie ustaje o tyle, o ile przez wstąpienie w związek małżeński ustaje szkoda, której zwrot bezwinnemu małżonkowi się należy. — Innych niekorzyści małżonek wstępujący w ponowny związek małżeński w ogólności nie ponosi [1]).

II. Natomiast ponosi niekorzyści majątkowe żona, która po rozwiązaniu małżeństwa przez śmierć lub rozwód, lub po uznaniu go za nieważne, wbrew zakazowi §. 120 u. c. (ob. powyżej §. 438 pod 3), przedwcześnie wychodzi za mąż. — Oprócz skutków bowiem, o których była mowa powyżej (l. c.), przekroczenie tego zakazu pociąga za sobą ten skutek, iż traci ona owe korzyści, jakie mąż poprzedni przyznał jej w kontraktach małżeńskich, w umowie spadkowej, w rozporządzeniu ostatniej woli, albo też w ugodzie zawartej przy sposobności rozwodu (§. 121 u. c.).

W szczególności:

1) Gdy w przypadku uznania małżeństwa za nieważne, kontrakty małżeńskie się „rozpadają", mowa wówczas może być tylko o utracie tych korzyści, które mniemany mąż przyznał jej w rozporządzeniu ostatniej woli [2]).

2) Jeśli małżeństwo rozwiązane zostało przez śmierć, wdowa traci prawo żądania wypłaty oprawy, przez męża ustanowionej (§. 1230 u. c.) [3]) i przyrzeczonego wiana (§. 1232 u. c.), dalej prawo do tej części majątku mężowskiego, którą otrzymaćby miała na podstawie umówionej spólności majątku

---

[1]) T. zwanej *poena secundarum nuptiarum*, w pr. rz. ustanowiona, na przypadek, gdyby z poprzedniego małżeństwa pozostały dzieci (ob. WINDSCHEID II. §. 511), w pr. austr. niema.

[2]) ANDERS str. 175 wymienia także korzyści z umowy przy unieważnieniu małżeństwa zawartej, o której jednak §. 121 nie wspomina.

[3]) Nie traci zaś prawa do oprawy przez trzecią osobę ustanowionej (*verba legis*: *die ihr von dem vorigen Manne... zugewendeten Vortheile*, §. 121 u. c.).

(§. 1234 u. c.), prawo do pobierania dochodu wdowiego (§. 1242 u. c.), do spadku, zapewnionego kontraktem dziedziczenia (§. 1249 u. c.), do użytkowania majątku męża (*jus advitalitatis* — §. 1255 u. c.)[4]), wreszcie prawa z rozporządzenia ostatniej woli męża (§. 121 u. c.)[5]).

3) W przypadku rozwiązania małżeństwa poprzedniego przez rozwód, żona, o ile w ogóle skutkiem winy swej w rozwodzie nie utraciła praw swoich (§. 1266 u. c.), traci, oprócz wymienionych pod 2) korzyści, nadto i te, które jej w ugodzie majątkowej, zawartej przy rozwodzie (§. 117 u. c.), przyznane zostały (§. 121 u. c.).

We wszystkich tych przypadkach kobieta zwrócić winna to, co otrzymała już na rachunek owych korzyści[6]).

Skutki przekroczenia zakazu §. 120 u. c. następują bez względu na to, czy nowe małżeństwo jest ważne, czy nie[7]).

---

[4]) O tem będzie mowa w nauce prawa spadkowego.

[5]) UNGER *Erbr.* §. 5 uw. 4 uważa to za jedyny w pr. austr. przypadek niegodności dziedziczenia. Por. MICHEL w HAIM. *Viertelj.* II. str. 56 n., który upatruje jedynie podobieństwo między §. 121 u. c. a przypadkami właściwej niegodności dziedziczenia pr. rzymskiego. O tem ob. PFAFF-H. *Excurse* II. str. 13 n. i *Com.* II. str. 21. — Ze względu, że §. 121 u. c. nie odbiera żonie możności dziedziczenia z ustawy po mężu, przypadek ten przedstawiałby się raczej jako brak zdolności dziedziczenia z testamentu (*testamenti factionis passivae*).

[6]) Nie odnosi się to jednak do alimentów naprzód wypłaconych, co do których §. 1418 u. c. analogicznie powinien być zastosowany. — Inaczej DOLLINER str. 286 n., który twierdzi, że żona, wykraczająca przeciw §. 120 u. c., winna zwrócić także wypłaconą jej z góry ratę dochodu wdowiego, ponieważ §. 1418 u. c. mówi tylko o uwolnieniu od zwrotu w przypadku śmierci, utrata zaś, a względnie zwrot w przypadku §. 120 u. c. jest karą za przekroczenie zakazu.

[7]) Powodem legislacyjnym zakazu §. 120 u. c. jest bowiem — jak to PFAFF-HOFM. *Excurse* II. str. 13 i Grünh. II. str. 311 wykazali, głównie wzgląd na dzieci, których pochodzenie przez przedwczesne zamęście w wątpliwość podane być może, — czego dowodem, że żona nieciężarna terminem §. 120 u. c. nie jest wiązaną.

W rozdziale o umowach majątkowych małżeńskich ustawa mówi nadto jeszcze o wzajemnych testamentach (§. 1248 u. c.), o kontraktach dziedziczenia (§. 1249—1254 u. c.), o użytkowaniu na przypadek śmierci (§. 1255—1258 u. c.) i o zrównaniu dzieci z różnych małżeństw pochodzących (§. 1259 u. c.). — Jakkolwiek akty te — z wyjątkiem wzajemnych testamentów — mają znamiona umów majątkowych małżeńskich, to jednakże ze względu, iż dla dokładnego rozpoznania ich istoty konieczną jest znajomość prawa spadkowego, systematycznie tylko w nauce prawa spadkowego traktować się dadzą i tam też o nich będzie mowa.

O ułożeniu się stosunków majątkowych między małżonkami w przypadkach upadłości i o opugnowaniu aktów małżeńskich przez wierzycieli, będzie mowa w ostatniej księdze niniejszego dzieła.

CZĘŚĆ DRUGA.

O stosunkach prawnych między rodzicami a dziećmi.

ROZDZIAŁ I.

O dzieciach ślubnych i nieślubnych.

§. 465.

O stosunkach prawnych dzieci w ogólności.

ZIMA *Darstellung des Rechtsverhältnisses zwischen ehelichen Aeltern u. Kindern* 1830; PERTHALER *Die Familie u. die natürl. Kinder* w *Zt. f. oest. Rechtsgel.* 1843 II. str. 197 n., 291 n.; ANDERS *Familienrecht* 1887 str. 176 n.; tegoż *Grundriss* 1899 str. 46 n.; KRAINZ wyd. 3., 1900 §. 448.

I. Regulując stosunki prawne dzieci, ustawa wychodzi z założenia, że opiekowanie się człowiekiem w czasie, gdy jego władze umysłowe i cielesne nie są jeszcze do tego stopnia rozwinięte, iżby sam o siebie dbać i czynnościami swemi samodzielnie rozrządzać mógł, jest nie tylko w interesie jednostki, lecz w interesie ogółu. Ustawa bierze więc pod szczególną opiekę osoby, które „dla braku lat“ są niezdolne do należytego starania się o swoje sprawy, nie tylko dla tego, ażeby je od grożących im niebezpieczeństw ochronić, lecz także i w tym celu, ażeby przez odpowiednie wychowanie przygotowane zostały do zajęcia w życiu stanowiska, pożytecznego tak dla nich samych, jak i dla ogółu, w pośród którego w przyszłości żyć i działać mają [1]).

[1]) Moment publiczny, jakim uzasadniano opiekę nad dziećmi, był powodem, że niektórzy (jak BEKKER *Pand.* II.

Do bezpośredniego wykonywania tej opieki powołuje ustawa — odpowiednio do ustroju społeczeństwa naszego — przedewszystkiem rodzinę, a zatem tych, którzy węzłem krwi są dziecku najbliżsi, a tem samem największą dają gwaran-

---

§. 25.) objawili zapatrywanie, że — jak w ogóle przepisy czystego prawa familijnego, tak też i przepisy, regulujące opiekę nad dziećmi, wyłączyć należy z prawa prywatnego, tak, iżby to ostatnie było już czysto tylko majątkowem. Por. także GLAESSING w *Zeitsch. f. öff. R.* XVI. (1901) str. 166 n., który z naciskiem podnosi, że państwo nadaje związkowi familijnemu samodzielność i szczególne stanowisko prawne tylko w interesie ogółu, a prawa, choćby majątkowe, jeśli polegają na obyczajowych i naturalnych podstawach rodzinnych, uchyla od dowolności prywatnej. — Publicznym charakterem praw rodzinnych tłumaczy się też, że ustalone między stronami stosunki rodzinne mają znaczenie nietylko dla stron bezpośrednio interesowanych, lecz charakter absolutny, i skuteczne są także i przeciw trzecim osobom, które w ustaleniu udziału nie brały. — W tem też tkwi głębsza przyczyna odróżnienia opieki nad małoletnimi (*Vormundschaft im eng. S.*), która jest surogatem brakującej władzy ojcowskiej, od opieki z innych powodów, czyli t. zw. kurateli (*Curatel*, *Pflegschaft*) n. p. nad osobami umysłowo choremi, marnotrawcami, nieobecnemi itd., gdyż ta ostatnia ma na celu już tylko wyłącznie interes samego kuranda, bądź też pewnych innych jednostek. O tem ob. poniżej §. 478. — Pierwiastek publiczno prawny, jaki tkwi niewątpliwie w prawie familijnem, nie był obcy także prawodawcom austr., jakkolwiek może — sądząc po ich wypowiedzeniach — o tem świadomości nie mieli. I tak przy obradach nad §. 42 kod. gal. (§. 21 u. c.) AICHEN — bez opozycyi ze strony innych — objawił zdanie, że powodem, dla którego ustawa bierze w opiekę szczególną niewłasnowolnych, nie jest nic innego, jak tylko: *weil dieselben vermöge ihrer Lage oder ihrer anderweitigen Eigenschaft. . nicht alle Handlungen zu unternehmen fähig sind* (OFNER I.. str. 43). Podobnie wyraża się ZEILLER *Com.* I. str. 116 i 315. — Natomiast z poprzednich prac prawodawczych przebija wzgląd publiczny. I tak komisya kompilacyjna określała cel wychowania dzieci dobrem tychże i dobrem społeczeństwa ludzkiego, — komisya rewizyjna zaś potrzebą państwa, chociaż w ostatecznej redakcyi już mówiono tylko o potrzebie i dobru dzieci (HARASS. *C. Ther.* I. str. 81 uw. 21. — Proj. terez. I. 6 u. 2 mówi: *Es erheischet der allgemeine Wohlstand, damit solche Personen von Anderen geschützet und geleitet... werden*, a już komisya kom-

cyę, że zadanie swe skutecznie spełniać będą, — w pierwszym rzędzie zaś rodziców. Potrzebny zaś tak w interesie dziecka jak i dla dobra ogółu nadzór ustawa oddaje władzom publicznym, do tego powołanym. W przypadkach, w których dziecię z opieki rodzicielskiej — a w szczególności ojca — korzystać nie może, ustawa stara się o zapewnienie mu ochrony i wychowania, powołując inne organa (opiekunów, kuratorów), które to organa — również pod kontrolą władz publicznych — dzieckiem bezpośrednio opiekować się mają [2]).

---

pilacyjna zauważyła: *Die Natur und die Gesetze, die göttliche und die menschliche, erfordern es, die Gesittung aller Völker deutet es, und die Menschlichkeit beweget ohne anders dazu, dass wer sich selbst nicht schützen kann, von Anderen geschützet werde* (HARASSOWSKI *Cod. Ther.* I. str. 169 uw. 2), a §. 116 I. kod. gal. uzasadniał obowiązek wychowywania dzieci ślubnych między innemi i tem, że rodzice w umowie małżeńskiej także w obec państwa przyjęli na siebie ten obowiązek. — Szkoła prawa natury wyprowadzała „prawo starania się o innych“ z „pra-prawa starania się o siebie“. Podług analogii praw względem własnej osoby tworzyła: 1) prawo starania się o utrzymanie bliźnich, 2) prawo dawania tymże pomocy do osiągnięcia ich celów, 3) prawo rozwijania ich wiadomości przez udzielanie im myśli, zapatrywań i sądów, 4) prawo przyczyniania się do rozwoju ich sił umysłowych i cielesnych i w ogóle do rozszerzania ich prawnego zakresu działania. Te „prawa“ objawiają się — wedle tejże nauki — szczególnie w obec bliźnich, którzy dla braku lat, choroby umysłowej itp. nie mogą korzystać ze swego „prawa niezależności“. Kto więc choćby nawet wbrew ich woli (przymusowo) czyni to, co „gdyby mieli rozum, sami czyniliby lub czynić byli powinni, nie narusza, lecz przeciwnie chroni ich prawa“... (ZEILLER *Natürl. Privatr.* str. 72).

[2]) Prawo osobowe kod. cyw., a w szczególności prawo familijne wzorowało się na prawie niemieckiem. Od prawa rzymskiego odstąpili autorowie z wszelką świadomością. ZEILLER w sprawozdaniu swojem z 19. stycznia 1808 (PFAFF-HOFMANN *Excurse* I. str. 71) ostrej krytyce je poddaje, wytykając między innemi, że oddaje ono żonę i dzieci pod despotyczną władzę ojca rodziny, że nie stara się o kontrolę władzy publicznej nad opieką. Odwołuje się więc do praw dawniejszych, w Austryi obowiązujących, a w szczególności także do kod. józefińskiego i uznaje je za podstawę przepisów kod.

*

Tak więc każdemu dziecku już z chwilą urodzenia się jego służy z mocy ustawy prawo do opieki, a tem samem tworzy się między niem a osobami, mającemi opiekę tę sprawować albo środków materyalnych do sprawowania jej dostarczać, stosunek, który, z natury swej obyczajowy, staje się stosunkiem prawnym przez to, że ustawa z nim łączy szereg wzajemnych między temi osobami praw i obowiązków. W szczegółach ustawa reguluje stosunek ten rozmaicie w miarę tego, czy do opieki powołany jest ojciec, czy też matka lub inne osoby.

Ogół przepisów, regulujących tenże stosunek między dziećmi a osobami. do opieki nad niemi powołanemi, tworzy t. zw. prawo dzieci (w zn. przedmiotowem — *Kindesrecht*).

II. Powyżej (§. 412. II.) określiliśmy pokrewieństwo jako związek między dwoma osobami, uzasadniony pochodzeniem jednej od drugiej, albo obydwóch od jednej osoby trzeciej (§. 40 u. c.). W tem znaczeniu pokrewieństwo obejmuje osoby, związkiem krwi złączone, bez względu na to, czy są pochodzenia ślubnego czy nieślubnego. Ze względu jednakże, że wedle naszych urządzeń i wedle ustawy (§. 44 u. c.) tylko małżeństwo jest podstawą rodziny, prawa, wynikające z pokrewieństwa, w całej pełni ustawa przyznaje tylko osobom pochodzenia ślubnego.

Pochodzenia ślubnego czyli — jak je ustawa nazywa — dziećmi ślubnemi (*eheliche Kinder*) są dzieci, zrodzone przez kobietę zamężną, a spłodzone przez jej małżonka [3]). Urodzenie się dziecka w małżeństwie jest przyczyną

cyw. — Z następnego przedstawienia okaże się, że rzeczywiście prawo rzymskie tylko w szczupłej mierze wpłynęło na przepisy kod. cyw. (legitymacya, adopcya), — że w szczególności przewodnia idea dawniejszego prawa rzymskiego t. j. jedność osobowa między ojcem a dzieckiem nie znalazła wyrazu w pr. austr., że owszem ojcu służy władza przeważnie opiekuńcza nad dzieckiem, które ma własną osobowość, własny może posiadać majątek, a nawet przeciw ojcu chronione jest przez władzę. Od władzy opiekuna różni się władza ojcowska przeważnie tylko tem, że jest rozciąglejszą i swobodniejszą od kontroli sądowej.

[3]) Mylnie zd. m. HUSSAREK *Die familienrechtl. Alimentation* w Grünh. XX. str. 519, określa dzieci ślubne jako ta-

powstania stosunku między rodzicami a dzieckiem, z którego podług ustawy wynikają między temi osobami wzajemne prawa i obowiązki (§. 137 u. c.). Po za tem wynikają stąd dla dziecka prawa rodziny i pokrewieństwa także i w obec innych krewnych.

Natomiast dzieci, urodzone po za małżeństwem, a więc przez kobietę niezamężną, albo też wprawdzie przez kobietę zamężną, lecz niespłodzone przez małżonka, są pochodzenia nieślubnego, czyli dziećmi nieślubnemi (*uneheliche Kinder*). I takie dzieci podług ustawy mają prawo do opieki, ich stosunki prawne są jednakże odmiennie uregulowane. Są one w ogólności pozbawione praw rodziny i pokrewieństwa, a przez to stanowisko ich prawne jest o wiele niekorzystniejsze (§. 165 u. c.). Jedynie z matką łączy je stosunek rodzinny — natomiast nie z ojcem, ani też z krewnymi rodziców[4]).

III. W pośród warunków ustawą przewidzianych dzieci nieślubne mogą uzyskać, bądź w całej pełni bądź z pewnemi ograniczeniami, prawa dzieci ślubnych drogą t. zw. uprawnienia czyli legitymacyi (§. 160—162 u. c. — ob. niżej §. 475).

Nadto powstać może stosunek analogiczny do stosunku rodziców i dzieci ślubnych między osobami zupełnie sobie obcemi, przez t. zw. przysposobienie czyli adopcyę (§. 179 do 185 u. c. — ob. niżej §. 476).

---

kie, które zrodziła kobieta zamężna, albo w ciągu dni 300 po rozwiązaniu itd. Autor kwestyę dowodu (domniemania) ślubnego pochodzenia identyfikuje z pochodzeniem samem. Że takie dzieci u c h o d z ą za ślubne, to pewna, — czy zaś są ślubnemi, zależy od tego, czy je spłodził mąż.

[4]) Nierówność praw dzieci ślubnych i nieślubnych zachowaną jest do najnowszych czasów we wszystkich prawodawstwach, a uzasadnianą bywa tem, że podstawą ustroju społecznego jest małżeństwo, zatem pełnię praw przyznać można tylko dzieciom w małżeństwie spłodzonym. Ustawodawstwo, które popiera małżeństwo, a potępia pozamałżeńskie związki płciowe, nie może, nie stawając ze sobą w sprzeczności, zrównywać tych ostatnich pod względem skutków z małżeństwem. Widoczną wszakże tendencyą nowszych prawodawstw jest, ażeby nierówność tę ze względów ludzkości zredukować do rozmiarów jak najmniejszych. Zupełne jednak zrównanie jeszcze nigdzie nie nastąpiło. Słusznie pisze GIERKE *Entw. e. bgl. Ges.* str. 479: *Die Rechtsordnung ist auf diesem Gebiete stets inso-*

O skutkach prawnych pokrewieństwa, objawiających się w prawie małżeńskiem, była mowa powyżej w nauce tegoż prawa (ks. IV. Cz. I.); o skutkach jego ze względu na prawa spadkowe będzie mowa w ks. V. (T. VI.).

---

fern in einer schwierigen Lage, als sie den unehelichen Kindern nicht entgegenkommen kann, ohne die auf die Ehe gegründete Familie zu gefährden, und die Integrität der Familie nicht zu schützen vermag, ohne das schuldlose Kind in Mitleidenschaft zu ziehen. Dawniejsze prawo niemieckie uznawało bastardów za pozbawionych wszelkich praw i opieki tak na polu prawa prywatnego jak i publicznego (*rechtlos*, *ehrlos*), nie uznawało ich za krewnych ani ojca ani matki. Stan ten pod wpływem kościoła już w średnich wiekach uległ złagodzeniu. Podobnie we Francyi przed rewolucyą nie miały dzieci nieślubne zdolności dziedziczenia ani rozporządzania na przypadek śmierci, a nawet nabywania z tytułu darowizny; majątek ich przechodził na króla (*Droit de bâtardise*). Rewolucya zrównała je ze ślubnemi (pr. z 13 *brumaire* r. II.) Kod. Nap. poprawił ich położenie, lecz wykluczył dochodzenie ojcowstwa, a nawet w obec matki nie stawia ich na równi ze ślubnemi. Odróżnia nadto dzieci naturalne, mogące być uznane i uprawnione, i dzieci pochodzące z cudzołostwa lub kazirodztwa (*d'un commerce incestueux ou adultérin*). Tak też kod. Król. Polskiego. — Autorowie autr. ust. cyw. uważali — jak się zdaje — upośledzenie dzieci nieślubnych jako rzecz, która się sama przez się rozumie, — przynajmniej materyały nie zawierają żadnego śladu dyskusyi ogólnej nad tą kwestyą. Łagodzono tylko w ciągu debat niektóre za daleko idące zapędy (ob. n. p. OFNER I. str. 155 n.). ZEILLER *Com.* I. str. 318 nader słabo motywuje nierówność praw dzieci ślubnych i nieślubnych. O szczegółach ob. poniżej §. 472. — Kod. niem. nieco dalej poszedł od ustawy austr. w kierunku złagodzenia tej nierówności, przyznawając dzieciom nieślubnym prawa rodziny matki (ob. *Mot.* I. *Lesung* IV. str. 851). Przepisy proj. I. spotkały się z surową krytyką, skierowaną głównie przeciw temu, iż na ojca nieślubnego nałożono jedynie obowiązek koniecznego utrzymania i pozbawiono dziecko praw do rodziny ojca (GIERKE *Entwurf* str. 479 i cyt. tamże aut.). W drugim odczycie nieco poprawiono stanowisko dziecka względem ojca (por. REATZ *Die zweite Lesung* II. str. 184 i uw. 4). Za kod. niem. poszedł projekt węgierski (§. 343 n.). — Spólne wszystkim nowszym ustawodawstwom jest, że nieślubne pochodzenie nie może w ogólności uchybiać czci lub być przeszkodą powodzenia w zakresie prawa publicznego.

§. 466.

Stanowisko prawne dzieci ślubnych w ogólności.

KRAINZ II. § 455; ANDERS *Famil.* §. 46.; tegoż *Grundr.* §. 65.

I. Przez urodzenie ślubne staje się dziecię członkiem rodziny ojca i matki. Przynależność ta objawia się na zewnątrz tem, iż dziecko otrzymuje nazwisko ojca, które nosić ma nietylko prawo lecz i obowiązek [1]), — jego szlachectwo rodowe, herb i wszelkie inne nie wyłącznie tylko do osoby ojca przywiązane prawa rodzinne i stanowe (§. 146 u. c.).

Szlachectwo ojca przechodzi na dziecko ślubne chociażby udzielone zostało dopiero po narodzeniu się dziecka; — natomiast utrata szlachectwa, orzeczona wyrokiem karnym przeciw ojcu, odnosi się tylko do dzieci, po tymże wyroku urodzonych (§. 27 lit. *a.* ust. kar.) [2]).

---

[1]) Literaturę odnoszącą się do nazwiska ob. wyżej §. 439 uw. 20. — O nadawaniu dziecku imienia (*Vorname*), nie ma wyraźnych postanowień prawnych. Powszechnie uważają prawo do nadania dziecku imienia za upoważnienie, wynikające z prawa wychowania i opiekowania się dzieckiem; służy więc ono przedewszystkiem rodzicom, — a w razie niezgodności — ojcu (ULBRICH w swojem i MISCHLERA *Staatswört.* II. 2 str. 750). ALLERHAND, Prawo imion str. 5, uważa wybór imienia za własne prawo tego, o którego imię chodzi: — ojciec, a względnie opiekun wykonywa to prawo w imieniu dziecka. Stąd konkluzya, że w razie śmierci ojca, — matka nie ma prawa nadawać imienia dziecku, lecz opiekun, który je reprezentuje. Zdanie to sprzeciwia się powszechnemu zwyczajowi. — Skoro raz kto ma imię sobie nadane, nie wolno mu go zmieniać (por. §. 320 lit. *e.* ust karn. i okólnik nam. gal. z 25. lutego 1890 L 13280, wydany w myśl reskr. min. spr. wewn. z 17. lutego 1890 L. 20118., PIWOCKI Zb. ust. str. 132). Niedopuszczalną jest też samowolna zmiana imienia — wyjąwszy przy przejściu na religię chrześcijańską (rozp min. spr. wewn. z 9. czerwca 1871 L 6953); dodanie drugiego imienia uważa się za zmianę niedopuszczalną (m. rozp. z 21. paźdz. 1876. L. 14601. — Ob. te przepisy u MAYRHOFERA wyd. 5 II. str. 1178).

[2]) Ob. LANGER *Die Ahnen- und Adelsprobe, die Erwerbung, Bestätigung und Verlust der Adelsrechte in Oesterreich* 1862. —

Podług ojca reguluje się też: obywatelstwo dziecka ślubnego (§. 28 u. c.), przynależność do gminy (§. 6 ust. z 3 grudnia 1863 L. 105 dz. u. p.), a co do małoletnich, pod władzą ojcowską zostających dzieci także właściwość sądu (§. 71 normy jurysd. z 1. sierpnia 1895. L. 111. dz. u. p.).

II. Na wewnątrz urodzenie się dziecka w małżeństwie jest zdarzeniem, z którem ustawa łączy powstanie stosunku prawnego (§. 137 u. c.) między dzieckiem z jednej, a tegoż rodzicami i krewnymi obojga rodziców z drugiej strony [3]). Stosunek ten jest przedewszystkiem natury obyczajowej; ustawa, łącząc z nim powstanie wzajemnych praw i obowiązków i nadając tymże sankcyę, czyni go stosunkiem prawnym.

Przepisy szczeg. w Galicyi obowiązujące ob. w PIWOCKIEGO Zb. ust. adm. II. str. 50 n.

[3]) W § 114 I. kod. gal. powiedziane było, że przez urodzenie się dziecka powstaje: *eine Familie, eine neue Gesellschaft, mit welcher auch neue Rechte und Pflichten entstehen.* Ze względu, że podług poprzedniego rozdziału „rodzina“ powstaje już skutkiem zawarcia małżeństwa, stylizowano podczas 1. odcz. §. ten tak, iż przez urodzenie się dziecka *entsteht ein Zuwachs der Familie, eine neue Gesellschaft* (OFNER I. str. 140 §. 114), a w ciągu ostatniego odczytu zastąpiono wyrazy te słowami: *ein neues Rechtsverhältniss*, jak w §. 137 u. c. Zapatrywanie szkoły prawa natury streszcza ZEILLER *D. nat. Privatr.* §. 164: że dzieci mają prawo do egzystencyi i szczęśliwości, — obowiązek zaś rodziców opiekowania się niemi uzasadnia tem, że są oni przyczyną ich istnienia, i powołuje się na wyłożone poprzednio (§. 86) zasady — o przyroście rzeczy, (*die Jungen aus einem befruchteten Thiere!*) i dodaje, że rodzice: — *haben das Kind durch den eigenmächtigen Act der Zeugung auf die Welt und dadurch, wenn sie es verwahrlosen, in einen elenden Zustand versetzt... sie müssen sich daher bemühen, es mit seinem Schicksale durch Erziehung zufrieden zu machen.* W dopisku pisze dalej:.. *wer ein moralisches Wesen ohne dessen Einwilligung durch sein Factum einer hilflosen Lage preisgiebt, ist schon aus dieser That verbunden, für die Abwendung des Uebels Sorge zu tragen...* Z tego wynika, że podług ZEILLERA obowiązki rodziców względem dzieci opierają się na wyrządzonej dzieciom przez ich spłodzenie szkodzie!... Dziwić się należy, że autorowie ustawy, jakkolwiek zostawali pod wpływem takich teoryi, potrafili w ułożonych przez siebie przepisach zamieścić zdrowe i odpowiednie postanowienia.

Wzajemny stosunek rodziców do dzieci ślubnych charakteryzuje się tem, że po stronie rodziców przeważają obowiązki, po stronie dzieci prawa. W pierwszym rzędzie rodzice mają obowiązek starania się o wychowanie, utrzymanie i zaopatrzenie dzieci, który to obowiązek cięży nie tylko na ojcu i matce, lecz posiłkowo także na dalszych krewnych wstępnych (§. 139, 143 u. c.). Rodzicom służy też władza rodzicielska nad dziećmi ślubnemi; władzy tej odpowiada obowiązek dzieci do posłuszeństwa (§. 144 u. c.). W pośród tej władzy rodzicielskiej wyróżnia się władza ojcowska (§. 147 u. c.), będąca następstwem stanowiska ojca jako głowy rodziny. Po stronie dzieci istnieje nadto obowiązek utrzymywania rodziców w razie, gdyby popadli w niedostatek (§. 154 u. c.).

Stosunek, powstający skutkiem urodzenia się dziecka ślubnego [4]), podobny jest do stosunku obligacyjnego, gdyż tu jak i tam strony uprawnione i zobowiązane są do pewnych świadczeń, a względnie do pewnego względem siebie zachowania się (§. 859 u. c.). Prócz tego ma on stronę zwróconą do całego społeczeństwa, co objawia się w prawie wymagania, ażeby nikt obcy stosunku tego nie naruszał, a to zbliża go znowu do stosunków rzeczowych. Podobieństwo to do stosunków obligacyjnych i rzeczowych jest jedynie zewnętrzne. Wynikają bowiem ze stosunku tego nie prawa obligacyjne i rzeczowe, lecz względne i bezwzględne [5]).

---

[4]) ZEILLER I. str. 315 i 319 zgodnie z zapatrywaniem autorów, uważa już spłodzenie jako fakt uzasadniający stosunek rodzicielski. Podobnie częściowo ZIMA §. 1—4. Przeciw temu PASSY w recenzyi tegoż dzieła w *Zt. f. oest. R.* 1832 III. str. 142 n. — Zapatrywanie to o tyle da się umotywować, że rodzice mają obowiązek opiekowania się już płodem jeszcze nieurodzonym, który zostaje pod ochroną tak prawa cywilnego (§. 22 u. c.), jak i karnego (§. 144 n. ust. karn.). O stosunku rodzicielskim jednakże mowa być może dopiero po urodzeniu się żywego dziecięcia (§. 137 u. c.).

[5]) Ob. o tychże wyżej I. §. 66. — HUSSAREK *Die familienr. Alimentation* w Grünh. XX. str. 485—493 charakteryzuje obowiązki utrzymania rodziny jako w pierwszym rzędzie obyczajowe, które stały się prawnymi tylko dla tego, ponieważ ustawa gwarantuje ich wykonanie. Na tej podstawie

§. 467.

Obowiązek wychowania dzieci.

ANDERS *Famil.* §. 45; KRAINZ II. §. 456; HUSSAREK *Die religiöse Erziehung der Kinder nach oest. R.* w Grünh. XXIII. str. 601 n.; THANER *Das Religionsbekenntniss von Kindern der sog. Confessionslosen* tamże X. str. 598.

I. Przez wychowanie dzieci ustawa rozumie: „staranie się o ich życie i zdrowie, dostarczanie im przyzwoitego utrzymania, rozwijanie ich sił cielesnych i umysłowych i za-

---

przeprowadza różnicę, jaka zachodzi między zobowiązaniami rodzinnemi (alimentacyjnemi) a innemi majątkowemi chociażby równej treści, a nawet zaprzecza pierwszym wprost charakteru zobowiązań (str. 493). Nie można zaprzeczyć, że obowiązki rodzinne, ze względu na cel jaki mają tj. utrzymanie pewnego indywiduum, różnią się od innych majątkowych obligacyi, skutkiem czego niektóre instytucye prawa cywilnego (prawo zastawu, cesya, kompensacya) nie zawsze do nich dadzą się zastosować. Jednakże z drugiej strony, zd. m., wystrzegać się należy wysnuwania za daleko idących konsekwencyi z tej ich natury obyczajowej. Obyczajowe pochodzenie takich zobowiązań ma bowiem w pierwszym rzędzie znaczenie dla prawodawcy i stanowi dlań skazówkę, w jaki sposób uregulowane być mają, a więc może ono go skłonić do wydania przepisu, iż prawa obowiązkom tym odpowiadające nie mają być przedmiotem zastawu, cesyi, kompensacyi itp. W tej mierze prawodawca uwzględni ich pochodzenie obyczajowe i ich cel tak samo, jak uwzględnia inne np. społeczne lub polityczne względy. Gdzie jednakże takie odmienne od czysto majątkowych zobowiązań uregulowanie obowiązków rodzinnych nie nastąpiło, gdzie prawodawca nie wydał dla nich wyjątkowych przepisów, muszą być one traktowane na równi z innemi zobowiązaniami majątkowemi. — Natomiast obowiązki, ciężące na rodzicach po za utrzymaniem dzieci, noszą w sobie zupełnie odmienny, od zobowiązań majątkowych różniący się charakter obyczajowy, polegają bowiem na działaniu, które ze sferą majątkową pośredni tylko ma związek, gdyż w części tylko wymaga ofiar majątkowych. Nie uchodzi więc do nich choćby drogą analogii zastosowywać przepisów o prawie obligacyjnem, a przynajmniej zastosowywać je należy tylko z wielką ostrożnością, jak n. p. przepisy o solidarności, o prawie wyboru, o przedawnieniu itp.

łożenie podstawy ich przyszłego powodzenia przez naukę religii i pożytecznych wiadomości“ (§. 139 u. c.). Obowiązek wychowania obejmuje więc — podług tego — ogół wszelkich czynności, jakie są potrzebne w tym celu, ażeby dziecię stało się samodzielnym i pożytecznym członkiem społeczności, ażeby z biegiem czasu stało się zdolnem do uzyskania odpowiedniego wśród tejże społeczności stanowiska życiowego.

II. Obowiązki te ustawa nakłada na ojca i matkę spólnie (§. 139 u. c.)[1]); stanowisko jednakże przeważające, jakie zajmuje w małżeństwie mąż (§. 91 u. c.), tudzież okoliczność, że w ustroju rodziny zwyczajnie mąż jest czynnikiem zarobkującym, powodują, że niektóre z tych obowiązków ciężą w pierwszym rzędzie na ojcu, inne w pierwszym rzędzie na matce, przez co jednakże i druga strona od spółdziałania uwolnioną nie zostaje.

I tak:

Staranie się o utrzymanie dziecka, a więc podanie mu warunków bytu, jest w pierwszym rzędzie obowiązkiem ojca tak długo, dopóki dziecko samo utrzymać się nie zdoła[2]). Obowiązek ten nie kończy się więc z osiągnięciem pewnego wieku (n. p. dojrzałości[3]) lub pełnoletności)[4]), lecz trwa tak długo, póki dziecko nie osiągnie warunków samodzielnej egzystencyi, co więcej, gdyby nawet osiągnęło te warunki, a później znowu je utraciło, obowiązek ten na nowo powstaje[5]).

---

[1]) Z powodów powyżej §. 466 uw. 5 przy końcu wyłożonych nie może być mowy o zastosowaniu zasad o spólności majątkowej lub o solidarności do obowiązków czysto osobowych, jak staranie się o zdrowie i życie itp. Por. HUSSAREK str 532, który nawet do obowiązków majątkowych, o ile one mają tło rodzinne — zasad prawa majątkowegn zastosowywać nie chce. Por. także orz. 7836. — Inaczej ZEILLER I. st. 342 i inni autorowie austr.

[2]) Obowiązek starania się o utrzymanie nie zawsze idzie w parze z obowiązkiem dostarczania na to funduszów. Ob. poniżej.

[3]) Por. orz. 6872, 10155.

[4]) Por. orz. 9067, 13524

[5]) Przeciw temu LARCHER w *Jur. Bl.* N. 29 z r. 1882 Por. jednak HUSSAREK str. 549, SCHUSTER w *Jur. Bl.* N. 30 z r. 1883 i orz. 8160, 9067, 13696, 14609.

Obowiązek ten nie jest zależnym od tego, iżby dziecię żyło w domowej spólności z ojcem; istnieje więc chociażby dziecię wbrew woli jego przy separacyi oddane zostało matce (§. 142 u. c.), lub chociażby nawet wbrew woli ojca z domu się wydaliło [6]).

Natomiast pielęgnowanie ciała i zdrowia dziecka cięży głównie [7]) na matce (§. 141 u. c.).

Nakładając obowiązki te na ojca i matkę ustawa ma na oku normalny przypadek, tj. że ojciec i matka żyją w spólności domowej. Jeśli jednak małżonkowie są rozdzieleni lub rozwiedzeni, rozstrzyga co do spełniania tych obowiązków w pierwszym rzędzie ugoda między nimi (§. 142 u. c.), przyczem sąd opiekuńczy starać się powinien, aby prawa dzieci należycie były zapewnione (§. 105, 107 u. c., §. 8 d. n. z 23 sierpnia 1819 L. 1595 zb. u. s. i §. 7 rozp. z 9. grudnia 1897 L. 283 dz. u. p.). Gdyby takiej przez sąd zatwierdzonej ugody między rodzicami nie było, sąd, nie dopuszczając do procesu, winien postarać się o to, ażeby dzieci płci męzkiej pozostawały przy matce do ukończonego czwartego, dzieci płci żeńskiej do ukończonego siódmego roku życia, chyba, że względy ważne, wynikające szczególnie z przyczyn rozdziału lub rozwodu, innego wymagałyby zarządzenia (§. 142 u. c.) [8]). Gdy tu chodzi przedewszystkiem o dobro dziecka, zarządzenia te uledz mogą zmianie, gdyby z biegiem czasu inne

---

[6]) Por. orz. 10899. — Przeciwne orz. 646, 4406, 8688, 14810, o ile wychodzą z założenia że ojciec jest obowiązany dawać utrzymanie dzieciom tylko w swem własnem gospodarstwie, uważam za mylne, gdyż przepisu, któryby to zapatrywanie usprawiedliwiał, w ustawie nie znajduję. — Twierdzenie zwłaszcza zawarte w ostatniem orzeczeniu, iż pod względem dzieci obowiązuje to samo, co pod względem samowolnego zerwania spólności pożycia przez żonę, nie wytrzymuje krytyki.

[7]) Wyrazu tego (*hauptsächlich*) w kod. gal. (§. 118 I.) nie było. Dodano go na wniosek fakultetu wiedeńskiego (OFNER I. str. 171).

[8]) Za taki powód uznało orz. 15073 okoliczność, iż ojciec protestant, zobowiązawszy się w obec pierwszej żony do wychowania syna w religii katolickiej, ożenił się następnie z protestantką.

okazały się pożądane [9]). Przepisy te znaleźć powinny zastosowanie także i w ciągu procesu separacyjnego lub rozwodowego [10]).

Jeżeli jedno z rodziców obowiązków przez ustawę nałożonych, czy to z powodu choroby cielesnej lub umysłowej, nieobecności, czy też śmierci dopełnić nie może, drugie przyjąć musi w całości dopełnienie ich na siebie. Ustawa wymienia wyraźnie tylko przypadek, iż odpadnie możność dopełnienia ich przez ojca, i wówczas nakłada obowiązek wychowania w całości na matkę (§. 143 u. c.) [11]). Nie ma jednak wątpliwości, że także ojciec winien spełniać wszelkie obowiązki rodziców w przypadku, gdyby dopełnienie ciężących na matce obowiązków stało się niemożebnem.

Spełnienie obowiązku wychowania nie jest zależnem od tego, czy rodzicom służy nad dzieckiem władza rodzicielska (ob. poniżej §. 469), w szczególności ojcu władza ojcowska, — czy są własnowolni — czy nie [12]).

III. Jeśli rodzice nie żyją lub z innego powodu tychże obowiązków spełniać nie mogą, a więc dziecię pozbawione jest opieki rodzicielskiej, troska o wychowanie spada najpierw na dziadków ojczystych, następnie na dziadków macierzystych (§. 143 u. c.) — przyczem spólność obowiązków między dziadkiem a babką ocenioną być winna podług analogii przepisów, odnoszących się do pierwszych rodziców [13]). Na dalszych krewnych wstępnych obowiązek taki w ustawie nie jest nałożony; drogą analogii rozumie się sam przez się [14]).

---

[9]) Por. orz. 10611, 12174. — Zarzut sprawy osądzonej w tych przypadkach nie jest dopuszczalnym, skoro żądanie opiera się na odmiennym stanie rzeczy.

[10]) Por. orz. 10515.

[11]) O ile przy tem ma udział opiekun lub spółopiekun, o tem będzie mowa w nauce o opiekach.

[12]) Por. HUSSAREK str. 533.

[13]) Analogia ta uzasadniona jest tem, iż chodzi w obydwóch przypadkach o równy interes dzieci, któremu ustawa w równy też sposób zadość czyni.

[14]) Przypadek, iżby aż do pradziadów lub dalszych ascendentów odnosić się było potrzeba i można, jest tak rzadkim, że ustawodawca spokojnie mógł go pozostawić nieuregulowanym. Że wyraz *Grossältern* w §. 143 u. c. oznacza

IV. W pośród warunków bytu i rozwoju, do jakich dziecko ma prawo, w pierwszym rzędzie na uwagę zasługuje nauka, jako „podstawa przyszłego powodzenia jego“ (§. 139 u. c. *in fine*). Oznaczenie zawodu, do którego dziecko przez odpowiednie wychowanie ma być przysposobionem, jest prawem ojca, wynikającem z władzy ojcowskiej; po dojściu dziecka do wieku dojrzałości wybór pozostawiony jest temuż (§. 148 u. c., ob. poniżej §. 469). — Rodzaj i miara nauki powinna być więc zastosowaną do przyszłego zawodu. Nie wolno rodzicom pozostawić dziecka bez tej co najmniej nauki, która przepisaną jest dla szkół ludowych (§. 20 ust. z 20 maja 1869

---

dziadków pierwszych, a nie — jak to HUSSAREK str. 522 (podobnie ANDERS str. 188) dowodzi — dalszych ascendentów, wynika z §. 731 i 738 u. c. tudzież stąd, że ustawa każe wprawdzie wyraz *Ältern* tłumaczyć w znaczeniu wszystkich ascendentów (§. 42. u. c.), co do wyrazu *Grossältern* zaś takiego przepisu interpretacyjnego nie daje. Argument HUSSAREKA l. c. uw. 9., iż znaczenia §. 731 i 738 u. c. do §. 143 u. c. zastosowywać nie można, ponieważ te przepisy mają odmiennych autorów, w obec pozytywnej ustawy na uwagę nie zasługuje. Lecz zarówno też twierdzenie przeciwne ELLINGERA (do §. 143 u. c.) i innych (KRAINZ §. 456 przy uw. 6), iż dalsi krewni wstępni są wolni od tego obowiązku, uważam za mylne. Nie tłumaczenie rozszerzające lecz analogię zastosować tu bowiem należy. — W jakim porządku dalsi krewni spełniać mają obowiązek, czy mianowicie po pierwszych dziadkach ojczystych następują macierzyści, a potem dopiero ascendenci dalszych linii, czyli też wyczerpać należy najpierw wszystkich ascendentów ojczystych, a potem dopiero zwrócić się do macierzystych, jest kwestyą mało praktyczną, bo najczęściej jedna i druga interpretacya trafi te same osoby i rzadko zapewne zdarzy się wybór między pra-pradziadami ojczystymi a macierzystymi. W obec milczenia ustawy, analogia z przepisami spadkowymi jest jednak wskazaną. Kto jest bliższym krewnym, temu także i pod względem obowiązków pierwszeństwo się należy. A więc po pierwszych dziadach ojczystych idą pierwsi macierzyści, dopiero po nich krewni w dalszych liniach wstępnych, a więc pradziadowie ojczyści, pradziadowie macierzyści itd. — Twierdzenie HUSSAREKA, że interpretatacya taka pomieścić się nie da w brzmieniu §. 143 u. c., nie jest słuszną, jeśli — jak to zd. m. jest koniecznem, — wyraz *Grossältern* będziemy interpretowali ściśle, a nie tak jak on, rozszerzająco.

L. 62 dz. u. p. i z 2 maja 1883 L. 53 dz. u. p.)[15]. Wyraźnie wymienia ustawa także naukę religii, a z tem w związku zostaje kwestya, w jakiem wyznaniu dziecko ma być wychowywane. — Rozumie się, że jeśli rodzice są jednego wyznania, dziecko otrzymać winno wychowanie w temże wyznaniu. O tym przypadku ustawa cyw. wcale nie wspomina[16], a dopiero ust. z 25. maja 1868 L. 49 dz. u. p. tę zasadę wypowiada. Na przypadek, jeśli rodzice do różnych wyznań należą, odwołuje się ustawa cyw. do przepisów politycznych (§. 140 u. c.)[17])[18].

---

[15]) Przepisy o szkołach ludowych ob. w PIWOCKIEGO Zbiorze ust. adm. III. str. 265 n.; — także BURCKHARD *Volksschulgesetze* Zb. Manza T. 27.

[16]) Kwestya wyznania dzieci wcale nie była poruszoną w kod. gal, ani też w poprzednich projektach. Skutkiem *monitum* dolno austr. Trybunału ZEILLER proponował przepis zgodny z art 4 ust. z 25. maja 1868 L. 49 dz u. p. (ob. poniżej uw. 17). Wotanci podzielili się na dwie partye, z których jedna chciała przepisy o wyznaniu jako do ustawodawstwa politycznego należące w zupełności pominąć, druga kwestyę tę jako odnoszącą się do bardzo ważnej gałęzi wychowania dokładnie unormować. W obec równości głosów postanowiono zasięgnąć najwyższego rozstrzygnięcia (OFNER I. str. 144). Gdy później powstała ta sama kwestya na nowo przy dzieciach nieślubnych, zdecydowano się jej nie poruszać (OFNER I. str. 161). Dopiero w ciągu drugiego odczytu zgodzono się na odwołanie się do politycznych przepisów (OFNER II. str. 352 §. 108).

[17]) Obecnie obowiązuje ustawa z 25. maja 1868 L. 49 dz. u. p., wedle której przy małżeństwach mięszanych idą synowie za religią ojca, córki za religią matki. Jednakże małżonkom wolno postanowić, aby zachodził stosunek odwrotny, albo aby wszystkie dzieci szły za religią ojca, albo wszystkie za religią matki. — Rewersy, wydawane przełożonym lub sługom kościoła lub stowarzyszenia religijnego są bez znaczenia (art. 1. cyt. ust.). Wyznania ustanowionego jak wyżej z reguły nie można zmieniać, dopóki dziecię samo nie przedsięweźmie takiej zmiany z własnego wyboru. Rodzice jednak, którzy mają prawo w umowie postanowić o wyznaniu dzieci, mogą je zmienić u tych dzieci, które siódmego roku życia nie skończyły. — W razie zmiany religii obojga lub jednego z rodziców, z dziećmi, które jeszcze nie skończyły 7. roku życia, postąpić należy tak jak gdyby urodziły się dopiero po tejże zmianie religii (art. 2). Rodzice

§. 468.

Koszta wychowania — zaopatrzenie.

HUSSAREK *Die familienrechtliche Alimentation nach oest. Recht* w Grünh. XX. str. 481 n., 649 n.; LÖSSL *Bemerkungen zur Lehre v. d. Alimentation*, w *Jur. Bl.* 1892 Nr. 39—45; SCHUSTER *Zur Alimentationspflicht der Eltern gegen die Kinder nach oest. R.* tamże 1883 Nr. 30, 31; — ANDERS §. 45; — *Grundr.* §. 63; — KRAINZ §. 456, 457.

I. Obowiązek ponoszenia kosztów wychowania, a tem samem i utrzymania (§. 139 u. c.) nie zawsze łączy się w jednej osobie z obowiązkiem starania się o wychowanie.

---

i opiekunowie, tudzież słudzy kościelni odpowiedzialni są za ścisłe stosowanie się do tych przepisów (art. 3). Po ukończonym 14. roku życia służy każdemu wolny wybór wyznania, a w razie potrzeby mają go władze w tymże wyborze bronić (art 4).

[18]) Kwestya wyznania staje się trudną do rozwiązania, gdy rodzice (lub jedno z nich) są bezwyznaniowi. O tej kwestyi ob. — T — *Die Bestimmungen d. Ges. v. 25. Mai 1868. insbens. die Frage des Confessionszwanges*... w SAMITSCHA *Zeitsch. f. Verw. u. Rechtspfl.* 1877 str 289, — P. *Zur Frage d. confessionslosen Kinder* w *Jur. Bl* 1881 Nr. 49, THANER *Das Religionsbekenntniss von Kindern der sog. Confessionslosen* w Grünh. X. str. 598., GROSS w *Oest. Staatswörterb.* s. v. *Religiöse Kindererziehung;* MAHL-SCHEDL tamże *s. v. Confessionslose Personen* II. 1 str. 279. Por. w tej kwestyi, jużpo za ramy pr. pryw. wychodzącej także orz. Tr. adm. BUDWIŃSKI 69, 568, 1384, 2094 i inne. — O kwestyi wyznania w ogóle ob. HUSSAREK *Die religiöse Kindererziehung nach oest. R.* w Grünh. XXIII. str. 601 i PFAFF w *Verhandl. d. 19. deutsch. Juristent.* II. str. 180 n. HUSSAREK broni zdania, że kwestya religijnego wychowania dzieci należy zarówno do prawa publicznego jak i prywatnego, ponieważ nietylko ogół, lecz i rodzice i dzieci są w niej interesowani; — przyczem strona prywatno-prawna nie występuje tu w charakterze czystym (jak n. p. w kwestyach majątkowych), lecz zostaje na granicy między pr. prywatnem a publicznem, — jak w ogóle prawa familijne. — Konsekwencyą tego zapatrywania jest podział kompetencyi władz. O ile chodzi o nadzór, czy rodzice spełniają obowiązek religijnego wychowania dzieci, właściwym jest sąd (opiekuńczy), o ile zaś o *status religionis*, władze administra-

W pierwszym rzędzie bowiem koszta te pokrywane być winny z dochodów majątku dziecka o ile one wystarczają (§. 150 u. c.). Jakkolwiek więc rodzice w pierwszym rzędzie obowiązani są troszczyć się o wychowanie dziecka (§. 139 u. c.), to do ponoszenia kosztów z temże połączonych obowiązani są tylko posiłkowo tj. o tyle, o ile dochody z majątku dziecka w tym celu nie wystarczają [1]. — Obowiązek ten rodziców istnieje, chociażby dziecko miało majątek, jeśliby majątek ten dochodów nie przynosił [2]; substancya majątku dziecka na cele wychowania użytą być może tylko wyjątkowo na poniesienie takiego wydatku, za pomocą którego ustalone być mają temuż warunki trwałego na przyszłość utrzymania (§. 220 u. c. — o czem poniżej [3]). Z pomiędzy rodziców w pierwszym rzędzie obowiązany jest ponosić koszta wychowania ojciec (§. 141, 142 u. c.)., matka dopiero wówczas, jeśli ojciec jest pozbawiony środków lub nie żyje. Gdyby także od matki środków na wychowanie osiągnąć nie można, spada obowiązek ten na dziadków ojczystych, następnie na macierzystych w tym samym porządku, w jakim osoby te do starania się o wychowanie są powołane (§. 143 u. c.). — Każda z tych wymienionych tu osób obowiązaną jest do ponoszenia kosztów tylko o tyle, o ile je ponosić jest w możności po opędzeniu środ-

---

cyjne. — Obowiązek rodziców chociażby bezwyznaniowych udzielania dzieciom nauki religii uzasadnia GROSS l. c. powołaniem się na § 139 u. c. i §§. 1, 3 i 20 ust. o szkołach lud. z r. 1869, wedle których rodzice nie mogą się uchylić od udzielania dzieciom nauki, przepisanej dla szkół ludowych, a nauka religii jest jednym z przedmiotów obowiązkowych. — Por. ciekawy przypadek z czasów przed mocą obow. ust. z 25. maja 1868. KELLER *Beitr. z. L. üb. die väterl. Gewalt.* w *Viertlj.* I. str. 329.

[1]) Rozumie się, że chodzi tu tylko o dochód czysty, tj. taki, który na potrzeby dziecka wprost użyty być może, a więc który pozostaje po strąceniu wydatków na utrzymanie substancyi, oprocentowanie, pokrycie długów itp.

[2]) A więc np. był zadłużony, wymagał wkładów gospodarczych, — nie mniej w przypadkach klęsk, nieurodzajów itp. Dochody majątku dziecka odpowiadają za wychowanie jego choćby nawet ojciec miał prawo użytkowania (o czem poniżej §. 470).

[3]) Ob. tymczasem orz. 11388 i HUSSAREK str. 544 n.

ków utrzymania samej siebie i tych, którzy jej są bliżsi [4]). W przypadku ubóstwa obowiązek dawania utrzymania dzieciom lub wnukom nietylko więc zrealizować się nie da, lecz wcale nie istnieje [5]). — Krewni poboczni nigdy do alimentacyi zniewoleni być nie mogą. Gdyby nie było nikogo, ktoby środków na wychowanie dostarczyć mógł, wchodzi w zastosowanie opieka publiczna nad ubogimi.

II. Miary alimentacyi ustawa bliżej nie określa, a tylko stanowi, że powinna być ona przyzwoitą (*anständig*, §. 139 u. c.) [6]), a w obec tego, że ustawa nie czyni różnicy między

---

[4]) Ob. HUSSAREK str. 551. — To się rozumie samo przez się, gdyż nie można od nikogo żądać utrzymania innych, jeśli by go się pozbawiło tym sposobem utrzymania samego siebie. I tak np. dziadkowie nie mogą być pociągnięci do kosztów utrzymania wnuków, jeśli swoimi środkami tylko siebie i dzieci pierwszego stopnia utrzymać zdołają.

[5]) Ob. HUSSAREK str. 552 i aut. w uw. 6 cyt. — Teoretyczne to zapatrywanie praktyczną doniosłość ma w przypadku, jeśli ktoś dalszy z powodu ubóstwa bliższego krewnego ponosi koszta. — Przypuszczając, że obowiązek bliższego tylko zrealizować się nie da, musielibyśmy dalszemu, który owe koszta ponosi, dać prawo żądania zwrotu w razie, gdyby ów bliższy doszedł później do majątku. Do tego podstawy w ustawie nie znajdujemy. W szczególności nie ma tu skargi *de in rem verso*, bo dalszy — alimentując — spełniał własny nań na ten przypadek nałożony obowiązek, gdyby bliższy środków nie miał. Por. orz. 11712.

[6]) W przypadkach normalnych, tj. gdy rodzice miłością rodzicielską dziecię otaczają, przepis określający rozciągłość obowiązku tego byłby zbytecznym; dla przypadków nienormalnych, w obec ogromnej rozmaitości ich, byłby niemożebnym. Próby określenia miary są daremne, a prowadzą do rezultatów wprost śmiesznych. I tak n. p. HUSSAREK str. 652 uw. 7 cytuje WALTHERA (*Zt. f. Civilr. u. Proc.*), który dowodzi, między innemi, że alimentujący winien dać jedzenie i picie, potrzebne ubranie, mieszkanie, opał i światło itd. — a przez łóżko rozumie przynajmniej poduszkę pod głowę, siennik, kołdrę, poszewki itd. — W rozdziale o zapisach ustawa cyw. określa znaczenie wyrazu „utrzymanie“ (*Unterhalt*) w związku z „wychowaniem“ (*Erziehung*) w ten sposób, że „utrzymanie obejmuje żywność, ubiór, mieszkanie i resztę potrzeb na czas życia, jakoteż i potrzebną naukę. To wszystko rozumie się także przez użyty w rozp. ost. woli wyraz „wychowanie“ —

obowiązkiem rodziców a innych osób zobowiązanych, dalsi krewni obowiązani są w tej samej rozciągłości co rodzice. Co w danym przypadku stanowi przyzwoite utrzymanie, rzeczą jest ocenienia konkretnego [7]), przyczem skazówką będą zachodzące w danym przypadku stosunki życiowe, szczególnie zaś stanowisko społeczne i majątek zobowiązanego, obrany rozważnie zawód, do którego uprawniony został przeznaczony [8]). Również zależy od rozumnego ocenienia danego przypadku, czy wychowanie i utrzymanie ma być dane w naturze czy w pieniądzach [9]).

Gdyby ktoś, do alimentacyi nie zobowiązany, wyręczył zobowiązanego w dopełnieniu obowiązku, ustawą na tegoż ostatniego nałożonego, miałby w pośród innych zachodzących warunków skargę o zwrot (*actio de in rem verso*, §. 1042, albo

---

z tą różnicą, że „wychowanie kończy się z pełnoletnością“. Możnaby się pokusić o zastosowanie tej reguły interpretacyjnej także i do przepisu §. 139 i n. u. c. — jak to uczynił ZEILLER podczas obrad, odwoływając się do §. 463 II. k. gal. (odpowiadającego §. 672 u. c.) i twierdząc, że tamże określono „powszechne i jurydyczne“ znaczenie tych wyrazów „(OFNER I. str. 140 §. 115). — Jednakże podług §. 139 u. c. utrzymanie jest tylko częścią wychowania, — obowiązek wychowania i utrzymania trwa wedle §. 141 u. c. nie do pełnoletności, ani przez całe życie, lecz tylko tak długo, dopóki dziecię samo utrzymać się nie może. Ponadto reguła §. 672, 673 u. c. ma na celu interpretacyę woli spadkodawcy, — nie uchodzi zaś zastosowywać tej samej reguły do interpretacyi woli prawodawcy. Jest bowiem niewątpliwie wielka różnica między tem, co czynić ma z woli spadkodawcy dziedzic, na którego spadkodawca włożył obowiązki, a co mają podług ustawy czynić rodzice dla swych dzieci. — O znaczeniu tych wyrazów w zastosowaniu do legatów ob. PFAFF-HOFM. II. str. 464.

[7]) O ile ogólna reguła jest niemożebną, o tyle ocenienie, co jest przyzwoitem utrzymaniem, w każdym konkretnym przypadku rozumnemu sędziemu nie nastręczy trudności.

[8]) Ob. HUSSAREK str. 651 n.

[9]) HUSSAREK str. 662 zwraca słusznie uwagę na to, że przepis §. 906 u. c., wedle którego o sposobie dopełnienia obowiązku z reguły rozstrzyga wybór zobowiązanego, nie ma zastosowania do obowiązków familijnych. Por. orz. 8613.

negotiorum gestionis, §. 1037 u. c. i nast.)[10]) rozumie się zawsze tylko o tyle, a więc też i do takiej miary, w jakiej zobowiązany *ex lege* dostarczać był winien. Samemu dziecku nie służy prawo żądania alimentacyi za czas ubiegły[11]), natomiast może żądać zwrotu kosztów na wychowanie i utrzymanie wyłożonych za czas przeszły, o ile dochodami własnego majątku nie mogło się było wychowywać i użyć musiało w tym celu substancyi tegoż (§. 150 u. c.)[12]). — O ile ten, kto dziecię utrzymuje, do tego z ustawy jest obowiązany, nie ma nigdy prawa żądać zwrotu od dziecka, chociażby ono później do majątku doszło (§. 154 u. c.); — podobnie jak i ten, kto w świadomości, iż do tego nie jest obowiązany, *animo donandi* dziecię wychowuje i utrzymuje (§. 1432 u. c.)[13]).

---

[10]) Por. o tych przypadkach WELLSPACHER *Versio in rem* (1900) str. 102 n.

[11]) *In praeteritum non vivitur*; — cel bowiem alimentacyi tj. praktyczne zaspokojenie potrzeb życiowych jest — ze względu na przeszłość — niemożebnym do osiągnięcia. HUSSAREK str. 665, WELLSPACHER str. 109.

[12]) Żądanie zwrotu przedstawia się wówczas jako żądanie wynagrodzenia szkody, spowodowanej niedotrzymaniem obowiązku przez zobowiązanego i idącą zatem niemożność późniejszego świadczenia (ob. uw. poprzednią). Gdyby dziecko w celu wychowania i utrzymania się musiało zaciągnąć dług, żądanie jego przeciw zobowiązanemu do alimentacyi skierowane by być musiało na uwolnienie od tego długu (*Liberationsanspruch*). Por. orz. z 11. lipca 1893 *Centrbl.* XI. Nr. 472.

[13]) Por. o tych kwestyach szczeg. pouczające orz. 5177 Ks. Jud. 81. (z 17. grudnia 1873 L. 66). O kwestyi, o ile pretensye o alimentacyę lub zwrot z tytułu §. 1042, albo wynagrodzenia szkody, ulegają przedawnieniu, i o ile przedawnienie to powstrzymuje się między rodzicami a dziećmi, ob. wyżej III. §. 305, 308, II. §. 187. — Z praktyki: prawo żądania utrzymania *ex lege* nie ulega przedawnieniu (§. 1481 — orz. 1192), natomiast ulegają przedawnieniu trzechletniemu (§. 1480 u. c.) przyznane *pro futuro* alimenta (orz. 1234, 2205, 5177, 7494); — prawa osób trzecich podnoszone po myśli §. 1042 u. c. z powodu utrzymania dzieci ulegają zwyczajnemu (nie 3-letniemu) przedawnieniu. (orz. 733, 1889, 2054, 2110, 4115, 5177, 6052 i liczne inne). Por. też orz. z 21. lutego 1893 *Centrbl.* XI. N. 187.

III. O obowiązku rodziców zaopatrzenia (*Versorgung*) dzieci ślubnych, t. zn. dostarczenia im środków uzyskania trwałego sposobu utrzymania, ustawa nie wspomina; z reguły więc dzieci ślubne prawa tego nie mają[14]). Jedynie w przy-

---

[14]) Przeciwnie ANDERS str. 190, KRAINZ II. §. 457. i STUBENRAUCH, opierając się na tem, że skoro §. 166 u. c. nieślubnym dzieciom takie prawo przyznaje, przypuszczać nie można, aby ustawa chciała dzieci ślubne traktować gorzej — tudzież na użytem w §. 166 wyrazie *auch*, który (jak np. orz. 8160 argumentuje) nic innego oznaczać nie może jak to, że i ślubnym to prawo przysłuża, skoro także nieślubni je mają. Te argumenta upadają wobec historyi §. 166 u. c. — §. 139 k. gal. przyznawał dzieciom nieślubnym *Unterhalt*, *Erziehung u. Versorgung* (bez słówka *auch*). W pierwszym odczycie postanowiono rozpocząć ten §. od słów *Dagegen*. . . albo *Wohl aber hat ein uneheliches Kind das Recht* a to z powodu, że chciano §. ten postawić w antitezie do poprzedniego (§. 138 OFN. I. str 157), w którym mowa była o prawach, jakie nieślubnym dzieciom nie służą. Ostateczna stylizacya („*Aber auch*“...) nastąpiła po za obradami — a nie ma najmniejszej podstawy do sądzenia, że to *auch* miałoby być dodane dla uwydatnienia związku z przepisami o dzieciach ślubnych. Łączy ono, tak jak dawniejsze *wohl* czy *dagegen*, tylko poprzedni §. a raczej dodane jest dla wzajemnego przeciwstawienia sobie tych dwóch §-fów (165 i 166 u. c.). Wszelką jednak wątpliwość usuwają obrady nad §. 166 w ostatnim odczycie. PRATOBEVERA chciał odnośnie do dzieci nieślubnych opuścić wyrazy *Verpflegung u. Versorgung*, a na poparcie tego wniosku przytoczył, że ustawa ślubnym dzieciom przyznaje tylko prawo do wychowania (nie zaś do zaopatrzenia), a więc nieślubne byłyby korzystniej od ślubnych postawione. — Dodał przytem, że wyraz *Versorgung* ulegnie łatwo fałszywemu tłumaczeniu (*missdeutet*) w tym kierunku, *dass das uneheliche Kind sogar die Gründung einer eigenen Haushaltung*, *einer Handwerker-Gerechtsame*, *eines Etablissements fordern könne*, co uważał za nieodpowiednie. Wniosek opuszczenia tych wyrazów odrzucono, lecz ci, którzy głosowali za odrzuceniem, nie przeczyli wcale, że dzieciom ślubnym zaopatrzenie się nie należy, przedstawiali jedynie argumenta, że dzieci ślubne tego niepotrzebują, bo mają większe prawa *schon aus ihrer Öffentlichkeit*, *aus ihren Verhältnissen*, że dalej służą im prawa spadkowe po ojcu i krewnych, których dzieci nieślubne nie mają i że nie potrzebują takiej ochrony jak nieślubne, *die man stets zu verheimlichen und zu ignoriren trachtet*. Przytoczono dalej, że wyrazu *Versorgung* nikt

padkach wstąpienia dzieci w stan małżeński istnieje obowiązek rodziców, a względnie dziadków, wyposażenia córki (wnuki §. 1220 u. c.) i dania wyprawy synowi (wnukowi — §. 1231 u. c.), o czem mowa była w nauce prawa małżeńskiego (wyżej §. 451, 455).

IV. Odmawiając — jak to wyżej (II.) nadmieniono — rodzicom prawa żądania zwrotu kosztów, wyłożonych na wychowanie i utrzymanie dzieci, ustawa nadaje im jednakże prawo żądania od dzieci „przyzwoitego utrzymania" w razie, gdyby popadli w ubóstwo (§. 154 u. c.) to zn. gdyby im środków do takiegoż przyzwoitego utrzymania zabrakło [15]). Miarą tego jest więc nietylko zaspokojenie koniecznych potrzeb życia, lecz i takich, które dadzą się uzasadnić ze względu na stan rodziców, ich dotyczasowe położenie, ich przyzwyczajenia i wygody. Obowiązek dzieci do przyzwoitego utrzymania rodziców nie jest zależnym od tego, iżby rodzice poprzednio łożyli koszta na dzieci; — nie ma on bowiem być rekompensatą za wychowanie, bo taka rekompensata rodzicom się nie należy [16]) (§. 154 u. c. ust. 1), lecz jest samoistnym dzieci obowiązkiem. Wyrazy „rodzice" i „dzieci" użyte są tu w znaczeniu obszerniejszem (§. 42 u. c.) [17]). Do pu-

---

inaczej tłumaczyć nie będzie jak tylko, *dass das uneheliche Kind auf jenen Weg geleitet werde, auf welchem es sodann im Stande ist, sein Brod zu erwerben.* — Nadano więc nieślubnym dzieciom prawo żądania zaopatrzenia z całą świadomością, że ślubnym to prawo nie służy — lecz tłumaczono je inaczej niż późniejsza praktyka (ob. niżej §. 472.), gdyż ta okazała, że PRATOBEVERA miał słuszność, obawiając się mylnego tłumamaczenia tego wyrazu.

[15]) Nie jest więc koniecznem, ażeby rodzice całkowicie pozbawieni byli środków utrzymania. Tak WINIWARTER I. §. 172. — O kwestyi, czy i nieślubnym rodzicom to utrzymanie się należy, ob niżej §. 472.

[16]) W §. 130 I. k. gal. wyrażone było to uzasadnienie: słowami *Was die Eltern für die Erziehung ihrer Kinder gethan, das haben sie aus Pflicht gethan.* Opuszczono je na wniosek ZEILLERA (OFNER I. str. 151).

[17]) W cyt §. 130 I k. gal. wyraźnie było powiedziane *Eltern oder Grosseltern, Kinder oder Enkel.* Opuszczenie wyrazów *Grosseltern* i *Enkel* nastąpiło po za obradami (ob. OFNER II. str. 356 i §. 144 proj. superrew.).

blicznej opieki nad ubogimi rodzice zwrócić się mogą dopiero wówczas, jeśli dzieci utrzymania dać im nie mogą [18]), ewentualnie dzieci winny zwrócić opiece publicznej lub osobom trzecim koszta wyłożone w celu utrzymania rodziców (§. 1042 u. c.) [19]). Do dostarczenia przyzwoitego utrzymania rodzicom obowiązane są dzieci o tyle, o ile im na to środki pozwalają [20]). Jeśli takich dzieci jest więcej, wszystkie zarówno mają ten obowiązek; — jednakże o zastosowaniu do nich zasad o korealności tu mowy być nie może z powodu, że każde tylko w miarę swej możności do utrzymania rodziców przyczyniać się winno [21]). Obowiązek utrzymania rodziców, gdyby dobrowolnie zrealizować się nie dał, może być dochodzony tylko drogą procesu, — nie ma bowiem przepisu, któryby wskazywał w tym celu drogę postępowania niespornego [22]). Czy zaś utrzymanie ma być dane w naturze, czy przez płacenie renty, zależy przedewszystkiem od dobrowolnej umowy, — w razie niezgodności słuszność wymaga wyboru tego sposobu, który dzieciom jest najmniej uciążliwym [23]). O prawach rodziców do spadku będzie mowa w prawie spadkowem [24]).

---

[18]) Por. orz. 14798.

[19]) Por. orz. 12001.

[20]) Ob. wyżej uw. 4.

[21]) Ob HUSSAREK str. 534 n., WINIWARTER I. §, 172. Por. także orz. 7836. — Przeciwnie orz 12001. — Także i regres dzieci między sobą i odpowiedzialność ich w obec osoby trzeciej zależy od możności, — inaczej bowiem nie ma obowiązku wspierania rodziców, a tem samem i obowiązku zwrotu osobie trzeciej tego, co wyłożyła (§. 1042 u c.).

[22]) Por. orz. 14563, 15142.

[23]) WINIWARTER l c. Por. orz. 8613.

[24]) HUSSAREK str. 556 twierdzi, że kto niegodziwem postępowaniem więzy rodzinne zrywa i prawa uświęcające ten rodzinny związek gwałci, traci też prawo do tych korzyści, które mu nadaje jego stanowisko rodzinne. Stąd dochodzi do wniosku, że rodzice mogą prawo do utrzymania utracić, jeśli dopuścili się względem dzieci niegodnego postępowania. *De lege ferenda* przepis taki może byłby odpowiedni, ustawa austr. do przyjęcia takiej zasady nie daje podstawy. — Nie było też to jak się zdaje zamiarem ustawodawców, którzy obowiązek utrzymywania członków rodziny nakładali na krewnych nie tylko w interesie samych utrzymywać się mających, lecz mieli wzgląd także na publiczną opiekę nad ubogimi.

§. 469.

O władzy rodzicielskiej i ojcowskiej.

PFAFF *Gutachten über die väterliche Gewalt* (*Verhandl. d. 19. deutsches Juristentages* II. str. 153 n.); ANDERS § 46; KRAINZ §. 458; FINGER *Das Züchtigungsrecht u. dessen Missbrauch* w *Jur. Bl.* 1888 Nr. 6—9.

I. Nakładając na rodziców obowiązek wychowania dzieci (§. 139 u. c.), ustawa musiała im zarazem oddać pewną nad niemi władzę, bez której obowiązek ten nie mógłby być spełnionym. (Ogół upoważnień, jakie ustawa nadaje rodzicom w celu wychowania dzieci, tworzy t. zw. władzę rodzicielską (*elterliche Gewalt*, §. 1495 u. c.)[1]). Upoważnienia

[1]) W teoryi jak i w praktyce prawa austr. rzadko tylko operujemy pojęciem władzy rodzicielskiej (*elterliche Gewalt*), — jak się zdaje z tego powodu, ponieważ ustawa w rozdz. o stos. między rodz. a dziećmi tego wyrazu wcale nie używa, a osobno traktuje tylko o władzy ojcowskiej (*väterliche Gewalt*). Że ustawa zna władzę rodzicielską, służącą obojgu rodzicom, wynika nietylko z §. 1495 u. c., w którym wyraz ten jest użyty, lecz z przepisów projektów, które poprzedziły ustawę cyw. Proj. terez. odróżnia prawa rodziców, które wynikają ze związku krwi (*aus dem Bande des Geblütes*), a które służą tak ojcu jak i matce, a następnie prawa ojca, będące wynikiem władzy ojcowskiej (I. 2. n. 87 n.). O prawach matki jako wynikających „z natury“ mówi proj. terez.: *von dem Recht des Vaters ist nach der Natur das Recht der Mutter nicht sonderlich unterschieden*, nakłada też na dzieci taki sam obowiązek posłuszeństwa i szacunku w obec matki, wspomina dalej o wzajemnych prawach spadkowych i o jej prawie do opieki, nakłada na nią nie mniejszy obowiązek wychowywania i pielęgnowania dzieci, a tylko uwalnia ją od obowiązku utrzymywania ich w czasie trwania małżeństwa, jak długo ojciec utrzymywać je może. Po śmierci ojca matka ma jednakże obowiązek utrzymywania dzieci, o ile by ich własne środki nie wystarczały (I. 2. n. 109—113). — O władzy ojcowskiej k. terez. szczegółowo mówi w rozdz. 4-tym — o skutkach jej n. 47—88 — a obejmuje nią prawo windykacyi dzieci (o czem i poprzednio mówił), prawo użytkowania i zarządu majątkiem dzieci. — W projekcie MARTINIEGO I. 4 §. 3 występuje pod nazwą władzy ojcowskiej władza obojga rodziców: *Beiden El-*

rodziców, objęte władzą rodzicielską, przedstawiają się formalnie jako prawa w znacz. podmiotowem, różnią się jednakże od innych praw prywatnych tem, że

po pierwsze: celem ich nie jest interes (pożytek uprawnionego rodzica, lecz interes dziecka, a względnie interes dobra powszechnego;

---

tern gebühret das Recht das Thun und Lassen der Kinder... einverständlich zu bestimmen..; *da... der Mann das Haupt der häuslichen Gesellschaft ist, so wird auch dieses Recht eigentlich väterliche Gewalt genannt.* Podobnie kod. gal. § 117 I., który nadto zawiera zwrot:... *Aeltern verlieren die väterliche Gewalt...* Widocznem jest więc, że autorowie tych projektów nie chcieli się wprawdzie rozstać z utartym w pr. posp. wyrazem *patria potestas*, lecz przyznawali tę władzę, zmodyfikowaną pod wpływem praw niemieckich (ob. niżej uw. 2), obojgu rodzicom, — a więc właściwie wytworzyli z niej władzę r o d z i c i e l s k ą. — Podczas obrad nad §. 117 i 121 I. kod. gal. (które później ściągnięto w jeden §. 144 u. c.) wychodzili autorowie kod. cyw. z tego samego założenia, iż władza rodzicielska = władzy ojcowskiej, a nawet zachowano się wówczas odpornie w obec wniosków, dążących do osłabienia tej identyczności. Odrzucono bowiem wnioski opuszczenia wyrazu *einverständlich* z przytoczonego przez ZEILLERA powodu, że wskazuje on zgodę jaka być powinna między rodzicami, wzmacnia szacunek dla matki, sprzyja wychowaniu itd. (OFNER I. str. 141). Przy §. 117 I. k. gal. formułuje ZEILLER, znowu za zgodą innych, prawo r o d z i c ó w kierowania czynnościami dzieci, nazywając je... *weil es vorzüglich dem Vater als dem Haupte der Familie zusteht, die väterliche Gewalt.* I tak też z małą, istoty rzeczy nie dotykającą odmianą §. ten uchwalono (OFNER I. str. 143). Dopiero w projekcie rewizyjnym opuszczono (§. 135 proj. rew.), określenie praw rodziców jako władzy o j c o w s k i e j, a tę ostatnią definiuje §. 138 proj. rew. zgodnie z §. 147 u. c. — Tak też w ciągu superrewizyi przyjęto wniosek PRATOBEVERY do zmiany §. 167 proj. rew., odpowiadającego § 177 u. c., gdzie zamiast *Die Aeltern verlieren die väterliche Gewalt*, stylizowano *die Väter...* z powodu *weil der Mutter die väterliche Gewalt nicht zusteht.* Widocznie uważano za niewłaściwe nazywać władzę rodzicielską wyrazem władzy ojcowskiej, a tenże ostatni *term. techn.* zachowano dla ogółu tych upoważnień, które z powodu przeważającego w małżeństwie stanowiska męża, temuż jako ojcu w pierwszym rzędzie (*vorzüglich*) przysługują. Merytorycznej zmiany jednak to za sobą nie pociągnęło, bo przepisy pozytywne zostały — co do

po drugie: — co już z pierwszego wynika — wykonywanie ich nie jest pozostawione dowolności uprawnionego, zaczem też są niepozbywalne i uprawnionemu zrzec się ich nie wolno.

Celem jest wychowanie dziecka, władza nadana rodzicom jest tylko środkiem do celu czyli innemi słowy władza rodzicielska ma wyłącznie charakter opiekuńczy [2]).

Objawia się ona w tem:

1) Rodzice mają w ogólności prawo kierowania czynnościami dzieci w porozumieniu ze sobą (§. 144 u. c.). Prawo to w zasadzie służy zarówno ojcu jak i matce, ustawa bowiem nie odgranicza zakresu ich działania, a tem samem i uprawnień z władzy rodzicielskiej płynących tak, iż rodzice pod względem kierowania czynnościami dzieci wzajemnie uzupełniać się winni. Z natury stosunku małżeńskiego, w którym mąż jako głowa rodziny decyzyę ma rozstrzygającą (§. 91 u. c.), wynika wszakże, że w razie niezgodności rodziców wola ojca ma przeważające znaczenie, matce zaś w takich przypadkach służy jedynie możność odwołania się do pomocy sądu opiekuńczego gdyby sądziła, że zarządzenie ojca jest szkodliwem dla dziecka lub mieści w sobie nadużycie władzy (§. 178 u. c. — o czem poniżej).

---

istoty — te same; okoliczność, że upoważnieniom, służącym obojgu rodzicom, nie nadano osobnej nazwy „władzy rodzicielskiej" — wpłynęła na to, iż powstało mniemanie, jakoby ustawa takiej, także i matce służącej władzy, nie znała. O władzy rodzicielskiej ob. referat PFAFFA: *Soll an Stelle d. väterl. Gewalt eine* (*der Mutter subsidiär zustehende*) *elterliche Gewalt... angenommen werden...* w *Verh. d. 19. deutsch. Juristent.* II. str 153 n., — o pr. austr. szczeg. str. 182 n., tudzież LEHMANN *Die elterl. Gewalt im Vermögensr. d. heut. Europa* w *Jahrb. f. Dogm.* XXV, str. 142 n., (o pr. austr. str. 163 n.).

[2]) Zupełnie odmienny charakter miała rzymska *patria potestas.* (por. PUNTSCHART *Die moderne Theorie d. Privatr. u. ihre grundbegr. Mängel,* str. 384), która nadawała ojcu rodziny prawo życia i śmierci nad dzieckiem, a trwała bez względu na to, czy dziecko opieki potrzebowało czy nie, aż do śmierci ojca lub emancypacyi dziecka, ze stanowiska zaś majątkowego pozbawiała dzieci praw osobowości samodzielnej. Intenzywność tej władzy łagodziło wprawdzie późniejsze prawodawstwo, a już wcześniej faktycznie też opi-

Prawu rodziców kierowania czynnościami dzieci odpowiada po stronie dzieci obowiązek szacunku i posłuszeństwa (§. 144 u. c.), a znamieniem władzy rodzicielskiej jest, iż rodzice mają w nadanym im zakresie prawną możność wykonywania swoich zarządzeń bez pomocy obcej, w szczególności sądu — aż do granic, po za któremi rozpoczynałoby się nadużycie (§. 178 u. c.). Obowiązek posłuszeństwa i szacunku dla rodziców, w pierwszym rzędzie obyczajowy, jest pod sankcyą prawa karności domowej (o czem poniżej pod 3), — a gdyby przekroczenie było tego rodzaju, iżby rodzice widzieli się zmuszeni do przywołania pomocy władz — pod sankcyą ustawy karnej (§. 525 u. k.).

2) Koniecznem uzupełnieniem władzy kierowania czynnościami dzieci jest prawo żądania od tychże, ażeby przebywały tam, gdzie im rodzice pobyt przeznaczą (*Kindesfolge*), z reguły więc, ażeby mieszkały w domu rodzicielskim, a względnie miejsca pobytu przeznaczonego im przez rodziców nie zmieniały. To też rodzice mają prawo, dzieci, któreby pod tym względem do ich poleceń się nie stosowały, odszukiwać, za pomocą władzy sprowadzać i od osób do zatrzymywania ich nie uprawnionych odbierać (§. 145 u. c.). Porwanie lub wykradzenie dziecka rodzicom stanowić może zbrodnię gwałtu publicznego (§. 96 u. kar.), a w każdym razie służy rodzicom

---

nia publiczna, która potępiała zbyt surowe postępowanie ojca względem dzieci. Instytucya pekuliów i nadanie dzieciom prawa spadkowego *in bona materna* i *adventitia* rozszerzały zwolna ich zdolność prawną, lecz rozszerzenie to było zawsze tylko wyjątkiem od reguły i nie pozbawiało władzy ojca rzymskiego zasadniczego charakteru pierwotnego. Ob. RIVIER *Précis du droit de famille romain*, GIRARD *Manuel élém. du droit rom.* (1898) str. 131 n. — W krajach austryackich władza rodzicielska ukształtowała się na wzór praw niemieckich jako władza opiekuńcza (*Schutzverhältniss*) dla dobra dziecka, jego ochrony i zastępstwa KRAUT *Vormundschaft nach den Grunds. d. deutsch. R.* II. str. 586 n. Podobnie w krajach rządzących się prawem francuskiem (kod. Nap art. 372—382, 384 i inne), por. DEMOLOMBE *Cours de Code Nap.* VI. n. 301 n. Taką jest też władza rodzicielska wedle najnowszego kod. niem. (§. 1626 n.).

skarga cywilna przeciw osobie trzeciej, która wbrew ich woli dziecię zatrzymuje [3]).

3) Rodzicom służy nadto prawo umiarkowanego i zdrowiu nieszkodliwego karania dzieci, skoro są nieobyczajne, nieposłuszne lub zakłócają spokój i porządek domowy (§. 145 u. c.) [4]). Rozumie się, że obowiązek posłuszeństwa, a tem sa-

---

[3]) Istnienie tej skargi w praktyce jest zakwestyonowanem. Por. orz. 14692. Nie ma wątpliwości zd. m., że jeśli rzecz rozgrywa się między małżonkami (n. p. z §. 142 u. c), a kwestya rodzicielstwa nie jest sporną, droga postępowania niespornego jest uzasadnioną, gdyż wówczas rozstrzyga jedynie wzgląd na dobro dziecka, którego sąd z urzędu przestrzegać winien. Por. n. p. orz. 9399, 10753. Gdyby jednak chodziło o prawa osób trzecich, w postępowaniu niespornem udziału niemających, albo gdyby rodzicielstwo było kwestyonowane, pozostaje tylko droga procesu (§. 18 pat. z 9 sierpnia 1854 L. 208 dz u. p. — por. także orz. 6909). — Charakter skargi austr. jest jednak zupełnie odmienny od rzymskich na wzór skargi o własność uformowanych *interd. de liberis exhibendis*, *de deducendis liberis* przeciw osobom trzecim i matce tudzież *actio de patria potestate affirmativa*, skierowanej przeciw dziecku samemu która to ostatnia dziś zupełnie zanikła, gdyż miejsce jej zajęło postępowanie z urzędu. — Różnica wynika z charakteru dzisiejszej władzy rodzicielskiej w przeciwstawieniu do rzymskiej *patria potestas*. Ob o tych skargach HEIMBACH w Weiskego *Rechtslexicon* XII. str. 39 n. — W pierwotnym projekcie komisyi kompilacyjnej przyznawano ojcu *gleichsam ein Eigenthum über seine Kinder* i łączono z tem konstrukcyę skierowanych na wydanie dzieci skarg posesoryjnych, co uchyliła komisya rewizyjna uważając porównanie z windykacyą własności jako *unschicksam*. Proj. terez. nadawał ojcu przeciw osobom trzecim skargę petytoryjną i posesoryjną (I. 5. n. 48), przeciw dziecku samemu przyzwalał wprost pomoc sądową (cyt. n. 49). Por. HORTEN I. 4 §. 11. — O środkach posesoryjnych w zastosowaniu do praw familijnych, w szczególności do władzy ojcowskiej (§. 1458 u. c.), ob. RANDA *Bes.* (wyd. 4) str. 623 n. i uw. 6, tudzież autorów tamże cytowanych i HUSSAREK l. c. str. 703. Por. także §. 163 i 1632 kod. niem. i *Mot. I. Lesung* — IV. str. 753 n.

[4]) Komisya kompilacyjna, chociaż wychodziła ze stanowiska „niby z własności“ — zastrzegała się jednakże wyraźnie, aby z porównania władzy ojcowskiej z własnością nie wyciągano niewłaściwych konsekwencyi: *Die väterliche Gewalt muss von aller Härte und Strenge fern sein... die Züchtigung... mässig und*

mem prawo karania za nieposłuszeństwo ustaje, gdyby czyn nakazany mieścił w sobie znamiona czynu karygodnego lub nieobyczajnego. Przeciw przekroczeniom władzy karania służy przepis §. 178 u. c., (o którym poniżej) tudzież przepisy §. 413—416 u. kar.[5]).

II. W pośród upoważnień, jakie daje władza rodzicielska, stanowisko ojca jako głowy rodziny (§. 91 u. c.) powoduje pewną przewagę. Ogół upoważnień, które dzięki uprzywilejowanemu w małżeństwie stanowisku ojca w pierwszym rzędzie (*vorzüglich*) temuż służą, obejmuje ustawa pojęciem władzy ojcowskiej (*väterliche Gewalt* §. 147 u. c.), — czem jednak udziału matki w tych upoważnieniach nie wyklucza. Dopokąd ojciec żyje i nie jest pozbawiony władzy ojcowskiej, wola jego w sprawach z tytułu tej władzy mu oddanych, jest decydującą, a nawet sąd opiekuńczy tylko o tyle mięszać się może, o ile ustawa mu to prawo wyraźnie przyznaje (§. 148, 177, 178 u. c.). W razie, gdyby ojciec władzy swej dla przyczyn faktycznych lub prawnych (o czem niżej) wykonywać nie mógł, upoważnienia te, o ile się tyczą osoby dziecka, obejmuje z reguły matka (§. 218 u. c.), o ile tyczą się majątku, przechodzą na opiekuna, (którym może być i matka, §. 211 u. c.). Nadając te upoważnienia w pierwszym rzędzie ojcu, ustawa wychodzi widocznie z założenia, że tenże najpożyteczniej dla dziecka wykonywać je potrafi. Różnica między upoważnieniem ojca a matki lub opiekuna polega głównie na tem, że ojciec nie ma nad sobą kontroli opiekuna lub spółopiekuna, jak matka, i mniejszej też podlega kontroli sądu opiekuńczego.

Upoważnienia, będące bezpośrednim wypływem władzy ojcowskiej, są następujące:

---

blos zur Besserung nicht aber zur Rächung des Verbrechens gerichtet sein. HARASS. I. str. 56 uw. 9.

[5]) Por. rozp. ministerstwa sprawiedl. z 10. listopada 1893 L. 31., z 3. grudnia 1899. L. 49 i z 11. maja 1901. L. 13 dz. rozp., któremi sądom nakazano jak najenergiczniejsze postępowanie w dostrzeżonych przypadkach znęcania się nad dziećmi lub zaniedbywania obowiązków rodzicielskich albo opiekuńczych.

1) Ojciec ma prawo dziecię swoje niżej lat czternastu mające wychowywać dla tego zawodu, jaki uzna za odpowiedni. Z osiągnięciem wieku dojrzałości dziecię zyskuje wpływ na wybór zawodu o tyle, że po bezskutecznem przedstawieniu życzeń swoich w obec ojca, odnieść się może do sądu opiekuńczego, który rozstrzygnąć ma sprawę uwzględniając z urzędu stan, majątek i zarzuty ojcowskie (§. 148 u. c.). Przepisy administracyjne wymagają nadto pozwolenia ojca (lub opiekuna) do przyjęcia nieletniego do niektórych gałęzi służby publicznej [6]).

2) Ojciec ma prawo zarządzać majątkiem dziecka tudzież prawo zastępowania jego w aktach majątkowych — (o czem w następnym §-fie).

3) O wpływie ojca na małżeństwo dziecka, władzy jego podlegającego, była mowa powyżej w nauce prawa małżeńskiego (§. 416).

4) O wpływie ojca na adopcyę i o skutkach tejże na władzę ojcowską będzie mowa poniżej (w §. 476).

III. Jeśli obówiązek wychowania przejdzie na dziadków (§. 143 u. c.), nabywają oni tem samem władzę rodzicielską z wszelkiemi jej atrybucyami. Władza ta zmodyfikowaną jest wszakże w wykonywaniu przez przepisany ustawą udział opiekuna (§. 187 u. c.).

§. 470.

Zarząd majątkiem dzieci. Udział w aktach prawnych. Zastępstwo.

ZŁOBICKI *Abh. üb. d. Frage, ob. die Acte der väterl. Gewalt, gleich denen d. vormundsch. insbes. rücksichtlich der Vermögensverwaltung ... e. gerichtl. Genehmigung bedürfen* w *Zt. f. ö. R.* 1838 I. str. 1 n.; BECKER *Einige Worte üb. ger. Ratificationen* w HAIM. *Mag.* IX. str. 351 n.; ANDERS §. 46 II.; KRAINZ §. 458.

I. Zdolność prawna dzieci pod względem majątkowym w ogólności nie jest ograniczoną. Dziecię pod władzą

---

[6]) I tak np. do dobrowolnego wstąpienia do służby wojskowej (§. 22, 23 ust. z 11. kwietnia 1888. L. 41 dz. u. p.,

ojcowską zostające jest samoistnym podmiotem praw majątkowych. Cokolwiek nabędzie w sposób ustawami przewidziany, należy do niego (§. 149 u. c.)[1]. Natomiast przed osiągnięciem pełnoletności albo nie ma wcale zdolności do działania, albo ma tylko ograniczoną. Dopóki ojciec żyje i władza ojcowska mu służy, ma on prawo i obowiązek uzupełniać swojem działaniem brakującą zdolność do działania dzieci. W szczególności należy do niego:

1) Zarząd majątkiem dziecka i ma pod tym względem wszelkie prawa i obowiązki zarządcy cudzego majątku. Winien więc majątek ten w swój zarząd objąć i jako gospodarz rzetelny i gorliwy (§. 228 u. c.), starać się o to, ażeby majątek ten przynosił odpowiednie pożytki i ażeby substancya jego nie została uszczuploną [2]. Przychody majątku

---

§. 145, 146, 149, 150 rozp. z 15. kwietnia 1889. L. 45 dz. p. p.) — do żandarmeryi (§. 19 lit. *g* ust. z 25. grudnia 1894. u. 1 dz. u. p. z r. 1895), do straży skarbowej (d. n. z 8. listo-Lada 1837. L. 242 zb. u. s.), do zakonu (d. k. n. z 26 stycznia 1844. L. 780 zb. u. s.).

[1]) T. zw. *unitas personae*, jaka istniała według dawnego prawa rzymskiego między ojcem rodziny a dziećmi pod jego władzą zostającemi, już w pr. pospol. była uchyloną, a przynajmniej zastosowanie jej było spornem (KRAUT II str. 633 n.), — podobnie w dawniejszych prawach partykularnych austryackich (CHORINSKY str. 409 n.). I w proj. terez., który wiernie reprodukuje ówczesną teoryę pr. rzymskiego, nie znajdujemy już śladu owej jedności majątkowej. Tak samo w późniejszych projektach. Dla tego nie zachodzi przeszkoda w zawieraniu aktów pozbywczych między ojcem a dziećmi, pod jego władzą zostającemi, a tylko musi być ustanowiony kurator dla przestrzegania interesów dziecka, jeśli chodzi o zawarcie aktu między ojcem a dzieckiem lub między dziećmi, pod władzą jednego ojca zostającemi (§. 271, 272 u. c.).

[2]) Ustawa wprawdzie nie zawiera wyraźnego przepisu, iżby majątek, który dzieci otrzymają za życia ojca, był spisany („zinwentowany“) lub pod względem substancyi zabezpieczony — jak to np. kod. józ. w §. 23 IV. przepisuje i jak to ust. cyw. w § 222 n., co do majątku opiekunowi oddanego stanowi. O ile jednak chodzi o substancyę majątku i tejże bezpieczną lokacyę, praktyka słusznie jej wymaga. Wynika to bowiem stąd, że ustawa nadaje ojcu tylko prawo do zarządu, w czem mieści się obowiązek utrzymania sub-

wyłącznie przeznaczone są dla dziecka. W szczególności z przychodów tych winny być — o ile starczą — czynione wydatki na jego wychowanie (§. 150 u. c.). Gdyby nie wystarczały na ten cel, wchodzi w życie obowiązek rodziców i dalszych krewnych do ich ponoszenia w porządku wyżej wskazanym (§. 143 u. c.), z czego wynika, że substancya majątku w tym celu użytą być może — za zatwierdzeniem sądowem — dopiero wówczas, gdyby i te źródła zawiodły. — Gdyby natomiast ponad koszta wychowania okazała się nadwyżka, winna być z reguły do kapitału przyłączaną. Gdy ojcu jako zarządcy majątku dziecka nie służy prawo rozporządzania substancyą, a nadwyżka ponad koszta wychowania staje się — wedle tego, co dopieroco powiedziano, — częścią substancyi, przeto powinna być tak jak reszta kapitału lokowaną, ojciec zaś składać winien z tejże nadwyżki [3]) sądowi opiekuńczemu

---

stancyi. Wynika to dalej i stąd, że ustawa w § 150 każe nadwyżkę dochodów, nie użytą na wychowanie, składać (*anlegen*) i nakłada na ojca obowiązek składania co do niej rachunków, a więc (*arg. a minore ad majus*), tem bardziej nastąpić to powinno pod względem substancyi istniejącego już majątku. — Najczęściej zresztą majątek dzieci — za życia ojca — przypada im ze spadku (po matce lub innych osobach) W takich przypadkach już patent z 9. sierpnia 1854. L. 208 dz. u. p. przepisuje, ażeby sąd urządzający spadek postarał się z urzędu o tegoż zinwentowanie i zabezpieczenie (§. 176 cyt. pat).

[3]) Powszechnie w nauce i praktyce prawa austr. i za powagą ZEILLERA (*Com.* I. str. 336) prawie wyłącznie panującem zdaniem jest, że ojciec pod względem zarządu majątkiem dziecka na równi postawiony jest z opiekunem (ob. np. argumenta I. inst. orz. 13999), szczególnie, że tak jak opiekun składać winien roczne rachunki sądowi nie tylko ze stanu majątku zakładowego lecz i z dochodów (§. 238 u. c.), i że we wszystkich sprawach, które nie należą do zwyczajnego toku gospodarstwa i są ważniejsze, potrzebuje zezwolenia sądu (§. 233 u. c.). Zdanie to w tej rozciągłości uważam za mylne. Takiego zrównania ojca z opiekunem ustawa nigdzie nie wypowiada, a §. 152 u. c., na który się powołują, równa małoletnich pod władzą ojca zostających pod względem ich zdolności do działania z takimi, którzy zostają pod opieką opiekuna, nie zaś ojca z opiekunem, nakładany zaś na ojca obowiązek rocznego składania rachunków z dochodów zostaje

rachunki (§. 150 u. c.)[4] Mając prawo oznaczenia miary i kierunku wychowania aż do czasu, w którym osiągnie wiek dojrzałości, ojciec ma też prawo użycia na ten cel przycho-

w sprzeczności z przepisem §. 150 u. c., wedle którego ojciec ma obowiązek składać rachunki tylko co do nadwyżki, jaka się okaże po opędzeniu kosztów wychowania. Wedle §. 1034 u. c., upoważnienie ojca opiera się na ustawie (podobnie jak męża), upoważnienie opiekuna na rozporządzeniu sądowem. Z historyi tych przepisów por. *Vortr. d. Hofcom. in Gesetzgebungss.* z 21. sierpnia 1790 (PFAFF-HOFM. *Exc.* I. str. 15), gdzie różnica między ojcem a opiekunem motywowaną jest tem: *weil jene Rücksichten, die der leibliche Vater verdient, auf den auswärtigen Vormund nicht anwendbar sind.* Uwolnienie ojca od rachunku z dochodów nie naraża zresztą dzieci na żadną stratę, gdyż ojciec jest obowiązany wychowywać dziecko, choćby żadnych dochodów nie posiadało. Por. opinię prof. JELLENZA, którą podaje PFAFF-HOFM. *Exc.* I. str. 25 do §. 24. — Uwaga PFAFFA (uw. 21), że opinia ta nie została uwzględnioną, nie wydaje mi się słuszną. W §. 127 I. kod. gal. było powiedziane, że nad majątkiem dzieci: *gebührt dem Gerichte die Oberaufsicht und dem Vater die Verwaltung.* ZEILLER w 1. odczycie stylizował: *kommt dem Vater unter der Oberaufsicht des Gerichtes die Verwaltung zu* (OFNER I. str. 148.) — Otóż wyrazy *unter Oberaufsicht des Gerichtes* opuszczono. Kiedy opuszczenie tych wyrazów nastąpiło, w protokołach nie znalazłem, — w proj. rewizyjnym i superrewizyjnym i w §. 149 u. c. już ich nie ma. Chociażby jednak opuszczenie to było tylko przypadkowe, kontrola sądu nie byłaby uzasadnioną w ustawie po za przypadkami, w których wyraźnie jest nakazaną. Z przepisów ustawy, tak jak one ostatecznie przyjęte zostały, wynika, że autorowie ustawy chcieli ojcu nadać zarząd majątkiem dziecka, ale też zarząd ten bez ograniczeń, jakie ustanowili dla opiekuna. Tego samego zdania bronił jeden z najwybitniejszych prawników swego czasu FRANC. ZŁOBICKI, prezydent sądu szlach. we Lwowie, w rozpr. *Abh. üb. d. Frage, ob die Acte der väterl. Gewalt gleich denen der vormundschaftlichen . . . zu ihrer Giltigkeit e. gerichtl. Genehmigung bedürfen* w *Z. f. oest. R.* 1838. I. str. 1 n. — jednakże ze zdaniem swem pozostał osamotniony.

[4]) Nie wynika stąd wcale, iżby ojcu wolno było tą nadwyżką albo resztą dochodów szafować dowolnie. Za użycie dochodów wszelkich z majątku dziecka jest on odpowiedzialny równie jak za substancyę majątku, sąd jednak może się do jego zarządu mięszać tylko o tyle, o ile ojciec w zarządzie dopuściłby się nadużycia (§. 178 u. c.). Nie ma więc ojciec prawa przywłaszczać sobie czegokolwiek ze substancyi ani

dów z majątku dziecka; skoro zaś po dojściu do wieku dojrzałości samo sobie zawód obierze, — ojciec ma obowiązek użyć z tych przychodów tyle, ile do takiego wychowania potrzeba (§. 148 u. c.). Gdyby nadwyżka po nad przychody była nieznaczną, sąd uwolnić go może od jej wykazywania i składania rachunków z jej użycia, a więc od jej kapitalizowania (§. 150 u. c.). Użycie przychodów na inne cele mieściłoby w sobie nadużycie władzy ojcowskiej, uprawniające sąd do zarządzeń odpowiednich; podobnie też zaniedbanie obowiązków, ciężących na ojcu jako zarządcy (§. 178 u. c.).

Gdyby ojciec do zarządu był niezdolnym z powodów faktycznych (n. p. choroby lub nieobecności) lub prawnych (n. p. z powodu niewłasnowolności), albo też, gdyby ten, komu dziecko majątek zawdzięcza, wyłączył był ojca od zarządu, sąd innego zarządcę zamianować powinien (§. 149 u. c.) [5].

Ponadto uchylone są od zarządu ojcowskiego przedmioty majątkowe, pochodzące z własnego zarobku, nabytego własną pracą dziecka, które nie zostaje na utrzymaniu rodzi-

---

z dochodów, nie ma prawa używać dochodów na inne cele, anieżeli dla dziecka, a jeżeli tak czyni, popełnia nadużycie, za które sąd może pociągać go do odpowiedzialności, — dopóki jednak nadużycia nie popełnił, co do zarządu jest wolnym od ingerencyi władzy opiekuńczej. Że zaś po ukończeniu zarządu majątek w niepogorszonym stanie zwrócić i z zarządu sprawę zdać winien, wynika już stąd, że jest zarządcą cudzej rzeczy. ZŁOBICKI l. c. str. 10. n. — I dziwne byłoby, gdyby ustawa pod względem wychowania, które jest przecież daleko ważniejszem od zarządu majątkiem, dawała mu zupełną swobodę, a pod względem zarządu na każdym kroku go krępowała. Nie można zaprzeczyć, że z reguły ojcowie starają się o dobro dzieci, a przeciwne przypadki są wyjątkami. Czyż byłoby uzasadnionem, gdyby dla tych wyjątków poddawano wszystkich ograniczeniom najczęściej niepotrzebnym, a często wprost szkodliwym? — Słuszną jest uwaga prof. JELLENZA (PFAFF-HOFM. *Exc.* I. str. 25), który, cytując rzymski axyomat: *Leges non id quod raro, sed quod plerumque fieri solet, attendunt,* dodaje: *selten sind die Beispiele jener Väter... denen ihre Kinder nicht trauen dürfen.*

[5]) Oczywiście o tyle, o ile rozchodzi się o przedmioty majątkowe, pochodzące od tego, kto ojca od zarządu wykluczył.

ców [6]), jak nie mniej i te, które dziecku, po osiągnięciu przez nie wieku dojrzałości, do własnego użytku oddane zostały. Te bowiem przedmioty majątkowe tworzą t. zw. wolny majątek dziecka, którym ono bez udziału ojca zarządzać i rozporządzać może (§. 151 u. c.) [7]).

Z ustawy ojcu nie służy prawo użytkowania majątku dziecka [8]). Może on więc obecnie mieć prawo użytkowania tegoż majątku jedynie z dyspozycyi tego, komu dziecko majątek zawdzięcza, ale i w takim przypadku — jeśli innej nie ma dyspozycyi — dochody przeznaczone są przedewszystkiem na utrzymanie dziecka, odpowiadające stanowi jego [9]).

---

[6]) Stąd *a contrario* wynika, że od zarządu ojcowskiego nie jest wolnem to, co zarobi własną pracą dziecko na utrzymaniu rodziców będące. Za daleko idzie ZEILLER, twierdząc (*Com.* I. str. 337), że zarobek ten należy do ojca (*gehört ihm auch der Erwerb*).

[7]) Nie potrzeba dodawać, że istota tego „wolnego" majątku jest zupełnie odmienną od t. z. *peculium* prawa rz., które racyę miało w zachodzącej z reguły niezdolności prawnej dziecka pod względem majątkowym. Wolny majątek jest tak samo własnością dziecka jak i majątek pod zarządem ojca będący, a różnica polega tylko na tem, że dziecko pod względem wolnego majątku ma zdolność do działania. Do wolnego majątku należy też wyprawa (orz. z 27. marca 1901. *Ger. Halle* z r. 1902. N. 20).

[8]) Wbrew prawom niemieckim (KRAUT II. str. 607 n.) i dawniejszym prawom partykularnym (CHORINSKY str 404, HARRAS. *Cod. Th.* I. str. 156 i uw. 10), ustawa cyw. austr. pominęła pr. użytkowania ojca, z powodu, że władza ojcowska ma na celu dobro dzieci, nie rodziców i nie powinna być dla tychże ostatnich źródłem dochodu (ZEILLER *Com.* I str. 336). W obec tego, że i dawniejsze ojcowskie prawo użytkowania trwało tylko, jak długo władza ojcowska trwała, i że ojciec zarówno jak i teraz w tymże czasie dzieci utrzymywać był obowiązany, a obecnie przychodów majątku dziecka w tym celu użyć może — praktyczna doniosłość tej zmiany okazuje się tylko w tych przypadkach, w których przychody majątku dziecka znacznie przewyższają koszta wychowania.

[9]) ZEILLER *Com.* I. str. 336 uzasadnia przepis ten domniemaniem, że ofiarujący, nadając użytkowanie ojcu, chciał mu tylko ułatwić wychowanie dzieci. Por. HUSSAREK str. 545 uw. 10 i OFNER I. str. 150. — W ciągu dyskusyi LYRO przytoczył, że przepis ten szczególnie dla Galicyi będzie prak-

Przepis ten ma doniosłość głównie ze względu na wierzycieli ojca, którzy z tych dochodów poszukiwać mogą pretensyi swoich przeciw ojcu tylko o tyle, o ile koszta utrzymania dziecka z nich zostały już pokryte (§. 150 u. c.), gdyż i ojcu tylko o tyle one przypadają [10]). Ostatni ten przepis analogicznie zastosować należy także w przypadku użytkowania, służącego matce lub innym krewnym do wychowania dziecka obowiązanym, na majątku dziecka [11]).

2) O ile dzieci pod władzą ojcowską zostające z powodu braku lub ograniczonej zdolności do działania same zawierać nie mogą aktów prawnych, ojciec ma prawo i obowiązek udziału w takichże aktach prawnych. Dzieci niżej lat siedmiu zupełnie są niezdolne do działania, więc ojciec sam

---

tycznym, gdyż tamże prawie przy wszystkich małżeństwach zastrzegają sobie małżonkowie pośmiertne użytkowanie całego majątku, a w razie konkursu wciągany bywa cały dochód, bez względu na dzieci, do masy konkursowej.

[10]) RICHTER *Bem. üb. d. Schlusssatz d. §. 150* w *Jurist* V. str. 321 n. W ogólności egzekucya na rzecz wierzycieli ojca może być pozwoloną, a rzeczą ojca jako zastępcy dziecka byłoby wykazać, ile potrzeba na wychowanie dzieci. Podług §. 336 ord. egz. świadczenia na odpowiednie stanowi utrzymanie dzieci należą do wydatków, które zarządca przymusowy prawa użytkowania wprost z przychodów uiszczać powinien. Wysokość tej kwoty oznaczyć ma na żądanie zarządcy sąd opiekuńczy. Z dawniejszej praktyki por. orz. z 8. lutego 1898 GELLER - JOLLES I. N. 131, w którem egzekucyę na takie pr. użytkowania uznano za niedopuszczalną. Przeciwnie orz. 129, 11735. W orz. 11636 uznano, że wykazanie, iż dzieciom dzieje się krzywda, nie jest dopuszczalnem w drodze niespornej; orz. 3744 11649, 14905 nakładają obowiązek dowodu, iż dzieciom krzywda się nie dzieje, na popierającego egzekucyę, przeciwnie każe orz. 11113 ojcu wykazywać w procesie niedopuszczalność egzekucyi.

[11]) WINIWARTER I. §. 168, ELLINGER ad §. 150. — przeciwnie NIPPEL do §. 150. Ob. trafnie motywowane orz. 2132 — także 9853 i *N. F.* 50. — Analogiczne zastowanie uzasadnione jest tem, że wolność tych dochodów od egzekucyi nie jest przywilejem ojca, lecz w interesie dziecka który tej wolności wymaga bez względu na to, czy użytkowanie ojcu, czy matce jest przyznane. — Orz. 788 rozszerza zastosowanie cyt. ustępu §. 150 u. c. także do powierniczego podstawienia dzieci.

wyłącznie działa w ich zastępstwie (§. 21, 310, 865 u. c.), o ile zaś wiek ten przekroczyły, mogą same zawierać akty, z których wyłącznie tylko korzyści dla nich wynikają (§. 152, 244, 865 u. c.), przy innych brakującą zdolność do działania zastępuje udział ojca. Nie mogą więc też dzieci pod władzą ojca zostające zaciągać zobowiązań bez wyraźnego lub milczącego przyzwolenia ojca (§. 152 u. c.), ani też przyjmować na siebie ciężarów lub cokolwiek z majątku pozbywać (§. 152, 865 u. c.). — W przypadkach atoli, w których ustawa dzieciom zdolność do działania nadaje, odpada także potrzeba interwencyi ojca. W szczególności ważne są bez takiej interwencyi zobowiązania małoletnich, odnoszące się do t. zw. wolnego majątku dziecka, dalej zobowiązania, wynikające z kontraktu najmu usług (§. 151, 152, 246, 247 u. c.) [12]), niemniej rozporządzenia ostatniej woli, o ile w ogóle małoletni do nich są zdolni (§. 559 u. c. — o czem poniżej w nauce pr. spadk.).

3) Z mocy władzy swej ojciec powołanym jest do zastępstwa dzieci pod tą władzą zostających przed sądami i innemi władzami (§. 152, 1034 u. c.). Wyjątkowo dziecię nie potrzebuje spółdziałania swego zastępcy prawnego w procesach, mających za przedmiot to, czem po myśli §. 151 u. c. (także §. 246 i 247 u. c., o czem poniżej) swobodnie rozrządzać może (§. 2. proc. sąd. z 1. sierpnia 1895. L. 113 dz. u. p. [13]).

---

[12]) Ob. o tych zobowiązaniach poniżej w nauce o opiekach §. 485, a tymczasem por. HASENÖHRL *Obl. R.* I. (wyd. 2) str. 392, M. SCHUSTER *Zur Frage der Verpflichtung Minderjähriger aus eigenmächtig abgeschlossenen Verträgen* w *Ger. Ztg.* 1899. N. 28 i STUBENRAUCH wyd. 8 I. str. 317 n.

[13]) Podług dawniejszej procedury zachodziła różnica między zdolnością zobowiązywania się a zdolnością procesową, gdyż nawet w sprawach, w których małoletni zobowiązywać się mógł, w razie procesu musiał go zastąpić ojciec (lub opiekun). Wyjątek był tylko w procesie drobiazgowym (§. 10 ust. z 27. kwietnia 1873 L. 66 dz. u. p.). Obecnie różnica ta odpadła. Por. Motywa do proc. cyw. str. 193. Małoletni mają też zdolność zastępowania siebie samych w procesach małżeńskich, — rodzice lub opiekunowie winni być jednakże do rozprawy przywołani. (§. 5 pat. z 23. sierpnia 1819. L. 1595 zb. u. s., §. 4 rozp. min. z 9. grudnia 1897 L 283 dz. u. p.).

Kwestya, o ile w tych wszystkich przypadkach działanie ojca zależnem jest od upoważnienia lub zatwierdzenia sądu opiekuńczego, nie jest w ustawie wyraźnie rozstrzygniętą. Gdy jednak ojcu przyznany jest tylko zarząd majątkiem dziecka, prawo rozrządzania substancyą mu zaś nie służy, wynika stąd, że do wszystkich czynności, wychodzących po za zakres zarządu, potrzebuje upoważnienia lub zatwierdzenia sądu opiekuńczego, — ztąd zaś, że zarząd ojcowski w ustawie nie jest ograniczony, wynika, że do czynności zarządowych takiego upoważnienia lub zatwierdzenia nie potrzebuje [14]).

---

[14]) Ob. wyżej uw. 2—4. — Do tego, co tamże powiedziano, dodać należy, że dawniejsze projekty dla uchylenia podnoszonych wątpliwości nie dadzą się zużytkować, ponieważ prawo do zarządu było dawniej najczęściej złączone z prawem użytkowania majątku dzieci. Ob. pouczające uwagi u HARRAS. *Cod. Ther.* I. str. 155 i uw. 8—11., proj. terez. I. 5 §. 53 do 77, z których wynika, że ojciec obejmował majątek dzieci podług inwentarza, że mógł być pociągany do zabezpieczenia substancyi, a od składania rachunków z dochodów wolny był tylko wówczas, jeśli miał prawo użytkowania, — w przeciwnym razie winien był składać rachunki *wie ein jedweder anderer Gerhab oder Vormund*, że dalej chociaż miał prawo użytkowania, musiał jednę trzecią część używać na wychowanie dzieci, że jednakże rachunki te wówczas miały być przyjmowane bez ścisłego badania, jeśli nie było podejrzenia o nadużycie. O zatwierdzeniu aktów przez ojca zdziałanych nigdzie mowy nie ma, w szczególności nie wymagają tego także przepisy o umowach (proj. terez. III. 1. n. 7—18, 2. n. 56—58, 4 n. 25—28 (odpowiadające §. 865 u. c.), które odwołują się jedynie do przepisów o władzy ojcowskiej. Natomiast podobnie jak ust. cyw. (§. 233 u. c.) żąda proj. terez. do wszelkich ważniejszych czynności opiekuna upoważnienia lub zatwierdzenia sądu opiekuńczego (I. 6 n. 264—292, 322—327, 330—337). W proj. HORTENA jeszcze utrzymano prawo użytkowania (I. 4 §. 24—27), lecz już w ciągu obrad wystąpiła opozycya (HORTEN, FROIDEVO, RÜSTEL), a ces. rozp. z 26. lutego 1786 oświadczyło się za zniesieniem tego prawa użytkowania, stawiając ojca na równi z opiekunem i nakładając nań obowiązek zabezpieczenia majątku i składania rachunków — (HARRAS. *Cod. Th.* IV. str. 69 uw. 20). Z drugiej strony nie brakło głosów, które zrównanie ojca z opiekunem uważały za zbyt surowe (czeskie gubernium, komisye tyrolska i górnoaustryacka, HARRAS. V. str. 47 w uw. 10). — Autorowie ust.

§. 471.

O zgaśnięciu władzy rodzicielskiej, w szczeg. ojcowskiej i jej spoczywaniu.

ZIMA l. c. str. 191 n.; ANDERS §. 47., *Grundr.* §. 65.; KRAINZ §. 461, 462.

Wszelki stosunek rodzicielski gaśnie ze śmiercią dziecka. Śmierć rodziców powoduje, że obowiązki rodzicielskie przechodzą na inne, w ustawie oznaczone osoby; — śmierć ojca samego powoduje ustanowienie opieki nad dziećmi, które pod jego władzą pozostawały.

I. Po zatem władza rodzicielska, a tem samem i władza ojcowska ustaje:

1) skoro dziecko skończy rok dwudziesty czwarty życia tj. stanie się fizycznie pełnoletniem (§. 172 u. c.). — Ustawa przypuszcza, że w tym wieku dziecko już opieki ro-

---

cyw. — jak się zdaje — obrać chcieli drogę pośrednią: nie przyznawali ojcu wprawdzie użytkowania, lecz z drugiej strony nie chcieli go zbytnio krępować rachunkami i nadto intenzywną kontrolą sądu. — W obec tego, że dawniej z reguły ojciec nie miał użytkowania tylko w razie, jeśli był wykluczony przez ofiarującego dzieciom majątek — nałożenie nań obowiązków opiekuna w tym przypadku było tylko wyjątkowem, a miało uzasadnienie w tem wykluczeniu, o którem przypuszczano, że bez powodów nie nastąpiło. Skoro zaś później porządek odwrócono, a ojciec odtąd miał mieć użytkowanie tylko wówczas, gdy mu je ofiarujący majątek wyraźnie przyznał, nie można przypuszczać, iżby owe wyjątkowe traktowanie ojca na równi z cudzym opiekunem było w intencyi prawodawców. — Dla usposobienia autorów charakterystycznem jest zdanie — wprawdzie przy innej sposobności — przez wicepr. HAANA, SONNENFELSA i SCHMIDFELDA wypowiedziane: *Man könne ja von einem Vater allerdings erwarten, dass er nur das Beste seines Kindes wünschen und solches nach Möglichkeit fördern werde... Wollte man hier gleich ipso facto eine Oberaufsicht des Gerichtes einführen, so würde man Misstrauen gegen die Rechtschaffenheit und Klugheit der Väter an den Tag legen und gezwungen sein, die Gerichte sogleich überhaupt zu Obervätern von allen Familien zu machen.* Zdanie to przy głosowaniu uzyskało przewagę (OFNER I. str. 197).

dzicielskiej nie potrzebuje. W wyjątkowych przypadkach, w których opieka ta ze względu na pożytek dziecka jest i nadal pożądaną, władza ojcowska może być na żądanie ojca utrzymaną przez sąd opiekuńczy po za granice fizycznej pełnoletności, co ma ten skutek, że zdolność do działania dziecka pozostaje ograniczoną tak, jak gdyby nie osiągnęło jeszcze fizycznej pełnoletności. Takie przedłużenie władzy ojcowskiej powinno być publicznie ogłoszone (§. 172 u. c.).

Jako przyczyny usprawiedliwiające przydłużenie władzy ojcowskiej wymienia ustawa: ułomność cielesną lub umysłową, która czyni dziecko niezdolnem do utrzymywania siebie lub do starania się o swoje sprawy, — znaczne długi, zaciągnięte w czasie małoletności, albo przekroczenia, których się dopuszczało, a które dalszy nadzór nad niem czynią koniecznym (§. 173 u. c.). Wyliczenie to, jak to już ze stylizacyi wynika, nie jest wyczerpującem [1]). Przydłużenie władzy ojcowskiej trwa tak długo, póki sąd, po ustaniu przyczyn, dla których wprowadzone zostało, nie orzeknie, że władza ojcowska uchyloną zostaje [2]).

2) Przez usamowolnienie t. j. wypuszczenie z pod władzy ojcowskiej czyli t. zw. emancypacyę, która może być albo wyraźną albo milczącą.

W y r a ź n ą emancypacya jest wówczas, jeśli ojciec oświadczy w obec sądu opiekuńczego, że dziecko ze swej władzy wypuszcza, a sąd to oświadczenie zatwierdzi (§. 174

---

[1]) Inne powody przydłużenia władzy ojcowskiej: marnotrawstwo, złe prowadzenie się, karciarstwo itp. — SCHUSTER *Beitr. zur Hermeneutik* w *Z. f. ö. R.* 1830 II. str. 39 sądzi, że §. 173 a także §. 191 i 251 u. c. o „ułomności cielesnej“ niewłaściwie wspominają, ponieważ §. 21 u. c. nie wymienia jej między powodami zarządzenia opieki lub kurateli. Na to odpowiedzieć można, że §. 21 u. c. także i przekroczeń nie wymienia, a mimoto mogą one być powodem przydłużenia władzy ojcowskiej.

[2]) Postępowanie w takich przypadkach reguluje się podług analogii przepisów istniejących dla wyraźnego wcześniejszego usamowolnienia małoletniego (§. 266 pat. z r. 1854). Gdyby ojciec w czasie przydłużonej władzy ojcowskiej zmarł, musiałby być ustanowiony kurator, ponieważ opiekun ustanowiony bywa tylko dla małoletnich (§. 188 u. c.).

u. c. ust. 1.). Sąd zatwierdzi uwolnienie od władzy ojcowskiej, skoro się przekona, że jest w zachodzących okolicznościach usprawiedliwione, a więc dla małoletniego pożyteczne, a nie ma niebezpieczeństwa nadużycia[3]). Od chwili doręczenia dokumentu sądowego, orzekającego uwolnienie od władzy ojcowskiej (t. zw. *venia aetatis*), małoletni nabywa — co do swej osoby i majątku — wszelkie prawa pełnoletniego (§. 266 pat. z r. 1854).

Milczącą jest emancypacya, która następuje tym sposobem, iż ojciec synowi, który ukończył dwudziesty rok życia, pozwala na prowadzenie własnego gospodarstwa domowego (§. 177 u. c. *in fine*)[4]). Przepis ten do córek się nie odnosi

---

[3]) Do wyraźnego uwolnienia od władzy ojcowskiej nie potrzeba ukończenia 20. r. życia — jak tego wymaga §. 179 u. c. w przypadku milczącego usamowolnienia, a §. 252 u. c. w razie uwolnienia od władzy opiekuna. Wynika to już z samej ustawy, a nadto wyraźnie wypowiadał to d. n. z 15. czerwca 1835. L. 36 dz. u. p. — Tenże sam dekret nakazywał, aby udzielano pozwolenie młodszym małoletnim jedynie po starannem przekonaniu się o ich przymiotach i tylko w przypadkach, na szczególne uwzględnienie zasługujących. To samo choć innemi słowy stanowi obecnie §. 266 pat. z r. 1854 dla wszystkich przypadków usamowolnienia wyraźnego, — przez co dekr. z r. 1835 stał się bezprzedmiotowym. — Inaczej KRAINZ §. 462 uw. 2. Por. NOE *Zur Auslegung des §. 266* w *Ger. Ztg.* r. 1894 N. 17.

[4]) Przeciw milczącemu usamowolnieniu podczas obrad występował ZEILLER z bardzo słusznymi argumentami: że niekonsekwencyą jest dozwalać milczącego usamowolnienia bez pozwolenia sądu, skoro wyraźne pozwolenie wymaga (OFNER II. str. 356), że sprzeciwia się ono bezpieczeństwu obrotu, gdyż nigdy na pewno wiedzieć nie można, czy syn rzeczywiście samodzielnie gospodarstwo prowadzi, czy je prowadzi za pozwoleniem ojca, tak, że wierzyciele będą chyba musieli żądać pisemnego potwierdzenia ojca itp. Argumenta te innych wotantów nie przekonały, jakkolwiek między sobą nie byli w zgodzie nawet co do tego, co należy rozumieć przez (proponowane wówczas) wyrazy: *eigene Wirthschaft*, — w zamian za które proponowano *Gewe be oder Wirthschaft* (HAAN, AICHEN), *Nahrungsstand*, *Nahrungsbetrieb* (SONNENFELS), *selbstständiger Nahrungsbetrieb*, *eigenes Etablissement* (LYRO, ORLANDINI, HAAN) itd. (OFNER I. str. 164). Ostatecznie (po za

Z powyższego wynika, że ani wyraźne, ani milczące usamowolnienie dziecka nie może nastąpić bez przyzwolenia ojca, dopóki tenże żyje i do wykonywania władzy ojcowskiej jest zdolnym [5]) [6]).

II. Natomiast możebnem jest czasowe zawieszenie (spoczywanie) władzy ojcowskiej w następujących przypadkach:

1) jeśli ojciec utraci władzę używania rozumu (przyczem ustawa nie wymaga, aby był ogłoszony umysłowo chorym);

2) jeśli zostanie uznany marnotrawcą [7]).

---

sesyami przyjęta stylizacya (*eigene Haushaltung*) nie jest bynajmniej jaśniejszą, a argumenty ZEILLERA do dziś dnia nie utraciły racyi. W koment. swoim I. str. 383. ZEILLER wprawdzie solidaryzuje się z uchwałą komisyi, dodaje jednak, że ostrożność (*Klugheit*) wymaga, ażeby ci, którzy z synem interesa zawierać chcą, bliżej o stanie rzeczy się informowali. — Praktyka jest chwiejną. I tak: orz. 12627 wymaga do pojęcia *eigener Haushaltung* spólności domowej z innemi jeszcze osobami (?) i odmawia z tego powodu bezżennemu urzędnikowi kolejowemu, osobno mieszkającemu, samoistności gospodarczej; — podług orz. 4171 nie wystarcza odstąpienie synowi majątku ziemskiego — (przeciwnie orz. 989); podług orz. 2937 nie samo dozwolenie lecz faktyczne urządzenie osobnego gospodarstwa ma skutek emancypacyi. — Słowem emancypacya milcząca pr. austr. jest instytucyą niewyraźną, która żadnego pożytku nie przynosi w praktyce, — przyczem jeszcze dalsze wątpliwe kwestye się nasuwają jak np.: *quid*? jeśli syn owo samoistne gospodarstwo jeszcze przed uzyskaniem fizycznej pełnoletności zwinie? czy się staje napowrót niewłasnowolnym?

[5]) Drugi rodzaj t. zw. emancypacyi przez utrzymanie od władzy pozwolenia na prowadzenie handlu lub przemysłu (§. 252 u. c.) nie ma zastosowania do małoletnich, pod władzą ojca zostających. Przeciwnie ANDERS str. 202 i KRAINZ §. 462 pod 3.

[6]) Przeciwnie milcząca emancypacya z pod władzy opiekuna może nastąpić także i wbrew woli opiekuna (§. 252 u. c.). — Mylnie zd. m. orz. 5965 i 3469 dozwalają usamowolnienia wbrew woli ojca.

[7]) Nie wystarcza więc, jeśli majątek trwoni, dopóki uznanie marnotrawcą nie nastąpi.

3) jeśli za zbrodnię skazany zostanie na dłużej, aniżeli rok więzienia [8]);

4) jeśli samowładnie wyemigruje [9]).

5) jeśli przez dłużej niż rok jeden nieobecnym jest w swem miejscu zamieszkania, a nie poda wiadomości o swoim pobycie [10]).

Na czas, przez który z powodu powyższych zdarzeń małoletni pozbawiony jest opieki ojca, powinien być ustanowiony opiekun. Z ustaniem przeszkody władza ojcowska na nowo wchodzi w wykonanie (§. 176 u. c.).

III. Utrata władzy ojcowskiej — jednakże bez skutku usamowolnienia dziecka — następuje:

1) jeśli ojciec opiekę nad dziećmi i wychowanie ich całkowicie zaniedbuje (§. 177 u. c.) [11]). Czy taki przypadek

---

[8]) Mylnem jest zd. m. zapatrywanie (między innemi KRAINZA §. 462 uw. 16), jakoby na ten przepis wpływało modyfikująco postanowienie §. 5. ust. z 15. listopada 1867. L. 131 dz. u. p, mianowicie jakoby o tem, czy skazanie ma za sobą pociągać utratę władzy ojcowskiej, orzekać miały w konkretnych przypadkach sądy karne. — Nie chodzi tu bowiem o skutki kary dla ojca, lecz o dobro dziecka, mianowicie o to, że ojciec, będąc dłużej niż rok uwięziony, dzieckiem opiekować się nie może. Dla tego słusznie §. 5 nie wymienia § 176 u. c, tylko w swej treści odnosi się do opiekunów i kuratorów i powołuje §. 191, 254 i 281 u. c.

[9]) Zdawać by się mogło, że wobec tego, iż emigracya obecnie jest wolną, a tylko ograniczona obowiązkiem służby wojskowej, suspenzya władzy ojcowskiej już także następować nie powinna. Tego zdania są też komentatorowie. Lecz i tu nie chodzi o skutki wychodźtwa dla ojca. — suspenzya też władzy ojcowskiej nie ma być karą za nieuprawnione wychodźtwo. I tu bowiem rozstrzyga tylko dobro małoletniego t. j. faktyczne pozbawienie go opieki ojcowskiej powoduje, że inna opieka ustanowioną być musi.

[10]) Czy czas pobytu skądinąd jest wiadomy, jest zd. m. obojętnem; ustawa kładzie nacisk na to, że sam nie podaje wiadomości o pobycie, a więc, że styczność z rodziną zerwał i o dziecko troszczyć się nie zamierza. Jeżeli nieobecność takich znamion nie ma, jeśli ojciec n. p. jako ajent handlowy lub komiwojażer podróżuje, nie ma mowy o suspenzyi władzy jego.

[11]) Gdy przypadki suspenzyi władzy ojcowskiej (§. 176) mają charakter zarządzeń praktycznych w interesie dzieci, to

zachodzi, sąd opiekuńczy, dowiedziawszy się o tem z zażalenia dziecka lub od kogokolwiekbądź innego, ocenić powinien po zbadaniu z urzędu zachodzących okoliczności (§. 178 u. c.). Prócz tego:

2) w przypadkach nadużycia prawa karności domowej sąd karny orzec może utratę władzy rodzicielskiej, a o ustanowienie opiekuna udać się do sądu opiekuńczego (§. 415—416 ust. karnej).

IV. Częściowo traci ojciec władzę ojcowską nad małoletnią córką, jeżeli wyszła za mąż. W szczególności przechodzi córka — o ile to się tyczy jej osoby — pod władzę męża (§. 91, 92)[12]). Opieka nad jej majątkiem pozostaje jednakże przy ojcu, który otrzymuje nad nią prawa i obowiązki kuratora[13]). Gdyby córka w czasie małoletności owdowiała, wraca pod władzę ojca także i co do swej osoby (§. 175 u. c.).

---

§. 177 u. c. ma przeważnie — choć także nie wyłącznie — charakter kary dla ojca.

[12]) Podług §. 154 I. kod. gal. zamęście córki miało skutek stanowczego usamowolnienia. ZEILLER już przy 1. odczycie proponował, aby zarząd majątkiem pozostawić przy ojcu, a motywował to obawą lekkomyślności młodych małżonków. Tak też uchwalono (OFNER I. str. 164).

[13]) A więc zatrzymuje zarząd majątkiem jednakże z prawami bardziej ograniczonemi (§. 233, 238, 282 u. c.). Czy takie ograniczenie było zamierzonem, z protokołów skonstatować się nie da. ZEILLER proponował stylizacyę: *doch bleibt dem Vater die Verwaltung des Vermögens ... bis zur Volljährigkeit der Tochter vorbehalten* i tak też wówczas uchwalono. (OFNER I str. 164). Dopiero w drugim odczycie uchwalono stylizacyę teraźniejszą... *hat der Vater die Rechte und Pflichten eines Curators* (OFNER II. str. 356 n.), wychodząc, jak się zdaje, z założenia, że skoro ojcu odjęto władzę nad osobą, pozostaje mu tylko rola kuratora (por. §. 188 u. c.).

§. 472.

O stanowisku prawnem dzieci nieślubnych.

PERTHALER *Die Familie und die natürl. Kinder in ihrem wechselseitigen Rechtsverhältnisse* w *Z. f. oest. R.* 1843 II. str. 197 n. i 261 n.; DAMIANITSCH *Das Recht d. unehel. Kinder* w *Jur.* XIV. str. 498 n.; ANDERS *D. Recht der Unehelichen in Oest.* (wykł.) w *J. Bl.* 1883 str. 176 n.; MENGER *Die Rechtsverh. der unehel. Kinder und die Deflorationsklage* w *Jur. Zt.* 1890 N. 27—29; BRUNNER *D. Recht d. unehelichen Geburt* w *Zt. f. Not.* 1894 N. 31—39, 41, 42. — FRISCHAUF *D. uneheliche Kind u. sein Recht* tamże 1895. N. 3.

I. Zasadą ogólną jest, że nieślubne pochodzenie dziecka nie może czynić ujmy jego czci obywatelskiej i nie ma być przeszkodą jego powodzenia, tudzież że pod tym względem nie potrzeba szczególnej łaski panującego (§. 162 u. c.)[1]. Mimo to jednakże dzieci nieślubne w stosunku do swych rodziców i tychże krewnych nie używają równych praw z dzie-

[1]) O dzieciach nieślubnych w ogólności ob. wyżej §. 465 i uw. 4). Dawniejsze zbytnie upośledzenie dzieci złagodniało w krajach austryackich w drugiej połowie 18. wieku, co też już w proj. terez. (I 2. § 117—124), i HORTENA (I. 4 §. 11—13) znalazło wyraz. Szczególnie przychylne pod tym względem zajął stanowisko kod. józ., w którym n. p. dzieci, spłodzone przez dwie osoby stanu wolnego, zrównane są ze ślubnemi (§. 16 IV). Pogorszył stanowisko dzieci nieślubnych pat. z 22. lutego 1791, lecz z ówczesnych projektów (MARTINIEGO i kod. gal.) przebija się bardziej humanitarne zapatrywanie. Wychodzono z założenia, że upośledzenie dzieci nieślubnych jest koniecznością ze względu na popieranie związków małżeńskich, a potępienie związków nieślubnych; dążono więc do tego, iżby przez nakładanie obowiązków względem dzieci nieślubnych nie ukracano korzyści dzieciom z małżeństwa pochodzącym. — Zbyt daleko w tym kierunku idące zapędy modyfikowano jednakże. — I tak przeciw wnioskom dolno- i środk. austr. Tryb. apel. tudzież STROBLA i AICHENA większością głosów w 1. odcz. uznano, zgodnie ze zdaniem wicepr. HAANA, że gdy nieślubnym dzieciom już i tak wiele praw odjęto, odmawiając im stanu i „rangi“ rodziców, nie należy im odbierać

ćmi ślubnemi (§. 155 u. c.)[2]). Są one mianowicie pozbawione praw rodzinnych i pokrewieństwa (§. 165 u. c.). Nie służą im w szczególności z tytułu pokrewieństwa żadne prawa ani osobowe ani majątkowe do krewnych ojca lub matki, dla których to krewnych dziecię takie, ze stanowiska ustawy, jest osobą zupełnie obcą. W stosunku do rodzonego ojca i matki ograniczenie praw dzieci nieślubnych objawia się przede-

---

widoków na majątek; powinny być owszem wychowywane i mieć zapewnione przyszłe powodzenie. Ponieważ przytem chodzi o wydatki, miarą powinien być nie — jak według pat. z r. 1791 — stan matki, lecz majątek i to nie jednego, lecz obojga rodziców. Zwykle matka jest ubogą, lecz może być ojciec ubogim, a matka bogatą lub obydwoje bogatymi. Zawsze pozostaje prawdą, że z natury oboje rodzice ciężar wychowania ponosić winni i nie możnaby pojąć, dlaczego jednostronnie albo tylko majątek ojca albo tylko majątek matki miałby być miarą. Zresztą od rodziców zależy, jak się między sobą co do kosztów ułożą, bo mogą dziecku dać mniej lub bardziej kosztowne wychowanie i poświęcić je zawodowi mniej lub więcej wykształcenia wymagającemu. (OFNER I str. 156 n. §. 139).

[2]) Podług dawniejszego prawa natury przyczyną obowiązków rodzicielskich jest spłodzenie (ZEILLER *Com.* I. str. 315). Na tę przyczynę mogą się powoływać dzieci ślubne i nieślubne. Przyczynę zaś większych obowiązków rodzicielskich względem dzieci ślubnych ZEILLER str. 318 objaśnia w ten sposób, że kontraktem małżeńskim małżonkowie przyznawają się uroczyście do swego potomstwa i chcą, aby przez nie ich nazwisko się zachowało i w sposób odpowiadający ich godności utrzymywało. Tem samem zobowiązują się rodzice wzajemnie, w obec państwa, a częścią w obec dzieci, po których spodziewają się ziszczenia swych dążeń, do dania im możności dopełnienia obowiązków. — Określenie to zostaje w związku z dążeniem dawniejszej szkoły pr. natury do sprowadzania wszelkich obowiązków do umowy jako ostatecznej przyczyny. Prawo natury uważa co do dzieci ślubnych taką umowę za ostateczną przyczynę obowiązków rodziców — okoliczność zaś, iż dzieci nieślubne na taką umowę powoływać się nie mogą, uznaje za dostateczną przyczynę ich prawnego upośledzenia! — Tę samą myśl wyraża §. 131 kod. gal.: *Die Rechte unehelicher Kinder sind weder auf den Ehevertrag noch auf die Trauung, sondern nur auf die Erzeugung gegründet und können folglich weder so kräftig noch so ausgedehnt sein.* Por. §. 17, 4 proj. MARTINIEGO. Motywowanie to przy obradach opuszczono, ponieważ „należy ono do podręcznika naukowego“ (OFNER I. str. 131).

wszystkiem w tem, że nie mają one prawa do nazwiska ojca ani też do szlachectwa, herbu i innych przywilei obojga rodziców, lecz nosić winny nazwisko rodowe matki (§. 165 u. c.), — że dalej nie podług ojca, lecz podług matki reguluje się wyznanie, w którem wychowane być mają (art. I., II. ust. z 25. maja 1868 L. 49 dz. u. p.), obywatelstwo ich (arg. z §. 6. ust. o swojszczyźnie z 3. grudnia 1863 L. 103 dz. u. p.), przynależność do gminy (§. 6. cyt. dopiero ust.) i właściwość sądu (§. 72 normy jurysd.)[3]. Nie zostaje też dziecię nieślubne pod władzą ojca[4]), lecz musi być dlań zaraz po narodzeniu ustanowiony opiekun (§. 166 u. c.)[5]), którym zresztą także i ojciec nieślubny mianowany być może (d. n. z 11. sierpnia 1798 L. 429 zb. u. s.), a który starać się ma o dobro dziecka spólnie z matką[6]). Stąd wynika też, że ojciec, jako ojciec, nie ma ani prawa, ani obowiązku zarządu majątkiem dziecka nieślubnego i że zarząd ten odbywać się winien podług przepisów „o opiekach“ (ob. poniżej §. 484). Prawa spadkowe z ustawy i prawo do zachowku służą dzie-

---

[3]) Podobnie kod. niem. (§. 1705 n.). Motywa (*I. Les.* str. 851 n.) uzasadniają to tem, że związek między dzieckiem nieślubnem a jego ojcem najrzadziej prowadzi do zbliżenia się ich. Najczęściej ojciec jest dziecku zupełnie obcym, uważa je za ciężar, nie ma interesu w jego powodzeniu i cielesnem i umysłowem wykształceniu. Brak tu obyczajowych i faktycznych warunków, uzasadniających stosunek rodzinny. — Natomiast kod. niem. nie wyłącza dziecka nieślubnego od rodziny matki. — Przeciw temu nierównemu traktowaniu rodziny ojca i matki, zwraca się GIERKE *Entw.* str. 480: *Man darf nicht der Familie alle Folgen des Fehltrittes eines weiblichen Familiengliedes aufbürden, dagegen alle Folgen der Verfehlung eines männlichen Familiengliedes abnehmen... Im Grunde steckt hier ein Stück Mutterrecht, das für unsere Culturstufe nicht passt, wenn es auch der Selbstsucht der Männer und den frivolen Anschauungen mancher Kreise zusagen mag.* Podobnie wyrażają się KLÖPPEL, MENGER i inni.

[4]) Władza ta jest bowiem wynikiem związku rodzinnego, którego ustawa między ojcem a nieślubnem dzieckiem nie uznaje.

[5]) Dla braku opieki ojcowskiej (§. 187 u. c.).

[6]) Matka dzierzy nad nieślubnem dzieckiem władzę „rodzicielską“.

ciom nieślubnym tylko po matce nie zaś po ojcu, ani po żadnych krewnych matki lub ojca (§. 754 u. c.) [7]). Wzajemnie też służą takie prawa po dzieciach nieślubnych tylko matce, zaś ani ojcu, ani żadnym innym krewnym (§. 756 u. c.). O tem bliżej mowa będzie w nauce prawa spadkowego. Wyposażenia może żądać córka, a wyprawy syn tylko od matki nieślubnej (§. 1220, 1231 u. c.).

II. Jednakże i nieślubne dzieci mają prawo żądać od obojga rodziców wychowania, utrzymania i zaopatrzenia, odpowiadającego majątkowi tychże (ob. poniżej pod III.), prawa zaś rodziców względem nich rozciągają się tak daleko, jak tego wymaga cel wychowania (§. 166 u. c.). Winny są więc dzieci nieślubne, tak samo jak ślubne, rodzicom swoim szacunek i posłuszeństwo (§. 144 u. c.), rodzicom zaś służy prawo windykacyi dzieci nieślubnych (ob. wyżej §. 469 I. 2) i prawo karności domowej (ob. wyżej §. 469 I. 3., §. 145 u. c.), ponieważ te prawa uzasadnione są niewątpliwie celem wychowania.

III. Obowiązek wychowania cięży w pierwszym rzędzie na matce, która ma do tego też i prawo. Prawo to z reguły odjęte być jej nie może nawet przez ojca (§. 168 u. c.) [8]), chyba, że cierpiałoby na tem dobro dziecka, w którym to przypadku ojciec uprawniony a nawet obowiązany jest, odebrać jej dziecko i albo je sam wychowywać, albo umieścić je gdzieindziej przyzwoicie i bezpiecznie (§. 169 u. c.). Odebranie takie może nastąpić jedynie za wiedzą sądu opiekuńczego, który z urzędu dbać winien o dobro dziecka. — Z reguły

---

[7]) W dawnem pr. niem. upośledzenie dzieci nieślubnych pod względem rodziny ojca uzasadnione było tem, że tamże nieślubne pochodzenie połączone było z brakiem czci obywatelskiej, skutkiem czego ustawodawstwo nie chciało narzucać takiego dziecka ani rodzinie ojca ani matki.

[8]) Ustawa ma widocznie więcej pod tym względem zaufania do matki aniżeli do ojca; — *mater semper certa est*, podczas gdy ojciec często tylko na podstawie domniemania prawnego i dla braku prawnego dowodu za takiego uważany bywa, a zatem najczęściej po nim spodziewać się nie można uczucia miłości rodzicielskiej. ZEILLER przy obradach nadmienił: *weil es in der Regel für das Kind zuträglicher sei, diese* (*Vater*-) *Rechte seinem Vormunde zu überlassen* (OFNER I. str. 159).

wybór zawodu dla dziecka nie przysługuje ojcu lecz matce [9]), a ojciec może jedynie polepszyć położenie dziecka [10]). — Wolno rodzicom porozumieć się między sobą co do wychowania, utrzymania i zaopatrzenia; porozumienie takie wszelako nie uchybia prawom dziecka (§. 170 u. c.), które może bez względu na to porozumienie żądać tychże świadczeń od nich obojga (§. 166 u. c.) [11]).

Koszta wychowania i utrzymania pokrywane być winny przedewszystkiem z majątku dziecka (anal. z §. 150 i 220 u. c.) [12]); gdyby takich dochodów nie było, ponosić winien koszta te najpierw ojciec, a gdyby tenże ponosić ich nie był w możności — matka (§. 167 u. c.) [13]). Krewni ojca

---

[9]) Por. orz. 6872.

[10]) Podług zamiaru autorów odebranie dziecka matce nastąpić może, jeśli dorastające dziecko męskiej opieki wymaga lub jeśli ojciec ma zamiar dać mu wyższe wykształcenie. Dla uwydatnienia tego dodano w §. 160 u. c. wyrazy: *seiner künftigen Bestimmung gemäss,* co ma widocznie wskazywać, że gdyby matka nie mogła lub nie chciała wychowywać dziecka odpowiednio do (lepszego) zamiaru ojca, można jej dziecko odebrać (OFNER I. str. 159).

[11]) Ostatni ustęp §. 170 u. c. był pierwotnie stylizowany: *nur muss der Vater bis zur Versorgung dafür haften* (OFNER I. str. 160). Teraźniejszą stylizacyę uchwalono skutkiem uwagi referenta, że i matka na mocy takiego porozumienia się z ojcem nie może się ociągać od tego obowiązku. — Mylnie ZEILLER *Com.* I. str. 374 argumentuje, że skoro umowa taka nie może uchybiać prawom dziecka, winien do niej przystąpić opiekun, a sąd ją zatwierdzić. Słusznie przeciw temu zauważa NIPPEL II. str. 252, że takie przystąpienie opiekuna właśnie z tego powodu nie jest potrzebnem, iż umowa, jakąkolwiekby była, prawom dziecka uchybiać nie może. Por. także HUSSAREK str. 680 i orz. 5231 i 5320.

[12]) Nie ma wątpliwości, że §. 150 u. c. analogicznie tu zastosować należy, gdyż przypuszczać nie można, iżby ustawa chciała dziecko nieślubne lepiej od ślubnego traktować. Tak HUSSAREK str. 543 uw. 3. — Ob. także HELM *Civilrechtsf.* w *Zt. f. oest. R.* 1827 I. str. 278, NIPPEL II. str. 246, KRAINZ §. 459 przy uw. 5.

[13]) I tu więc obowiązek ponoszenia kosztów nie zawsze idzie w parze z obowiązkiem starania się o wychowanie i utrzymanie.

lub matki od tego obowiązku są wolni, natomiast obowiązek rodziców utrzymywania i zaopatrzenia dzieci przechodzi, jak każdy inny dług — na ich dziedziców (§. 171 u. c.)[14]. Za upoważnieniem sądowem może być w celu ponoszenia kosztów utrzymania lub wydatku, mającego na celu przysporzyć dziecku stałe utrzymanie, naruszony kapitał dziecka (§. 220 u. c.), wszelako dopiero w braku innych dozwolonych ustawą źródeł, (o czem poniżej w nauce o opiekach).

Miara wychowania i utrzymania zależy tylko od majątku (nie zaś — jak u dzieci ślubnych także od stanu) rodziców (§. 166 u. c.) — a rozumie się — także od potrzeby dziecka[15]. Wysokość kwoty, jaką rodzice w tym celu dawać mają, a względnie jaka z dochodów majątku dziecka na ten cel ma być obracaną, oznacza sąd opiekuńczy podług zachodzących w danym przypadku okoliczności — ewentualnie sąd zwyczajny po przeprowadzonym procesie (§. 219 u. c.). Gdyby środki takie uzyskać się w ten sposób nie dały, opiekun winien starać się nakłonić krewnych rodziców do ich dostarczania, chociaż oni prawnie do tego nie są obowiązani, a gdyby i to zawiodło, zwrócić się do publicznej opieki nad ubogimi (§. 221 u. c.). Obowiązek rodziców do dostarczania środków na wychowanie i utrzymanie trwa tak długo, dopokąd zachodzi tegoż potrzeba, a więc dopokąd dziecko samo utrzymać się nie zdoła[16].

---

[14]) Nie dewolucya więc obowiązków tych — jak przy dzieciach ślubnych — lecz sukcesya następuje. — Por. HOFMANN *Der Unterhaltsanspruch* w Grünh. I. str. 532 n. — Zastrzeżenia, jakie WINIWARTER (I. §. 190) czyni, częścią same wynikają z charakteru obowiązku tego, jako ciążącego na majątku (spadkowym), częścią są w ustawie nieuzasadnione. Z dawniejszych por. DAMIANITSCH *Beitr. zur Erl. des §. 171 b. GB.*, SCHINDLER *Ist es wirklich wahr, dass die Verbindl. unehel. Kinder zu versorgen... auf die Erben übergehe?* w *Zt. f. ö. R.* 1829 II. str. 112 n.

[15]) Potrzeba wskazuje, co dziecku powinno być udzielone, majątek zaś wskazuje granicę, po za którą — w interesie zobowiązanego — obowiązek sięgać nie może (por. HUSSAREK str. 653).

[16]) Podług §. 147 I. kod. gal. ojciec miał obowiązek utrzymywania dziecka aż do ukończenia wychowania. ZEILLER

W tym samym porządku jak do wychowania i utrzymywania rodzice obowiązani są do **zaopatrzenia** dzieci nieślubnych [17]). Pojęcie „zaopatrzenia" nie jest stale raz na zawsze określonem; celem jego jest zapewnienie przyszłego bytu osoby zaopatrzyć się mającej. Cel ten może być osiągnięty nie tylko przez dostarczenie środków materyalnych, zapewniających dziecku stałe na przyszłość utrzymanie, — lecz także przez wprowadzenie go na taką drogę, na której będzie miało możność trwałego zarobkowania (§. 166, 220 u. c.). Kwestya sposobu zaopatrzenia musi być ocenioną podług zachodzących w konkretnym przypadku faktycznych stosunków [18]). Obowiązek rodziców do zaopatrzenia dzieci nieślubnych jest równie subsydyarnym, jak obowiązek utrzymywa-

---

wnosił: aż do ukończenia lat niedojrzałości, jeśli wówczas już zdolnem jest do utrzymywania się z zarobku. Nie chciano jednak ustanawiać żadnego określonego terminu, lecz zgodzono się na przepis taki sam, jak przy dzieciach ślubnych... *bis sie sich selbst ernähren können* (§. 141 u. c.). Tego zwrotu jednak nie użyto, lecz ustylizowano jak §. 170 u. c. (OFNER I. str. 159.) Z praktyki: Rzeczą ojca jest w razie sporu udowodnić, że dziecko zdolne jest samo utrzymać się (orz. 3606, 6872, 10155). Przed 14. rokiem życia dziecko bez szkody dla fizycznego i umysłowego rozwoju nie może być zniewolone do zarobkowania (PEITL. N. 60). W razie fizycznej niemożności wykonywania rzemiosła, którego dziecko nauczono, nie ma ono zdolności utrzymania się (orz. 13587). Z dawniejszej liter.: HELM *Rechtsfall* w *Z. f. ö. R.* 1827 I. str. 273, SWOBODA *Ueber die gesetzm. Dauer der Pflicht zur Alimentation unehel. Kinder* w *Jur. XII* str. 449 n.

[17]) §. 166 u. c., jakkolwiek odnosi się tylko do dzieci nieślubnych, w praktyce wyszedł na korzyść ślubnych, o których zaopatrzeniu ustawa wcale nie mówi. Argumentowano bowiem, że skoro ustawa dzieciom nieślubnym prawo do zaopatrzenia przyznaje, ślubne nie powinny być gorzej postawione. Że ta argumentacya jest mylną, o tem ob. wyżej §. 468 uw. 14.

[18]) O znaczeniu wyrazu „zaopatrzenie" ob. wyżej §. 468 uw. 14. Praktyka skłonną jest do rozciąglejszego tłumaczenia. I tak: orz. 1832 żąda „dostarczenia środków, które dadzą możność utrzymania się na całe życie" (w danym razie przez złożenie z góry odpowiedniego kapitału), orz. 307, 4373 uznawają, że ojciec postarawszy się o wyuczenie dziecka rzemiosła, nie uczynił jeszcze zadość obowiązkowi zaopatrzenia. To ostatnie orz. każe jednak składać kapitał dopiero wówczas, gdy wy-

nia tj. wchodzi w życie wówczas, gdy dziecię we własnym majątku zaopatrzenia nie znachodzi [19]).

IV. Wzajemnie rodzicom nieślubnym nie służy prawo żądania utrzymania od dziecka w przypadkach, jeśli popadną w ubóstwo (§. 166 u. c.:... *Die Rechte der Eltern... erstrecken sich so weit, als es der Zweck der Erziehung erfordert* [20]).

---

chowanie jest ukończone, podobnie orz. PEITLER 69; — zaś orz. PEITLER 68 uznaje wcześniejszą skargę o zaopatrzenie za przedwczesną. Orz. 2619 i 9408 dają tylko temu dziecku prawo do zaopatrzenia, które samo dostarczyć go sobie nie może. Orz. Rep. 74 nadaje dziecku prawo żądania zaopatrzenia przez złożenie kapitału, lecz żąda dowodu, iż zachodzi tegoż potrzeba. Podobnie orz. 10100. Po myśli określenia w kom prawod. (ob. wyżej §. 468 uw. 14) poszły orz. 12091 i GELLER *Centralbl.* IV. N. 410, szczeg. zaś orz. 13122. — Z dawniejszej liter.: V. D. STRASS *Ueber die Sicherstellung der Versorgungsansprüche d. Kinder* w *Jur.* XVII. str. 499 n

[19]) Niekoniecznie więc nastąpić musi przez postaranie się o samodzielne przedsiębiorstwo (orz. 13756) lub o wyższe studya (orz. 6872, 13122). Co do wyższych studyów por. HUSSAREK str. 657.

[20]) Kwestya ta jest sporną w literaturze i praktyce. — Odmawiają rodzicom nieślubnym tego prawa KIRCHSTETTER wyd. 5 str. 130 i uw. 20., SCHIFFNER *Ges. Vermächtnisse* str. 130 przy uw. 22., KRAINZ §. 460. Z prakt. orz. 5477. — Natomiast przyznawają to prawo matce nie zaś ojcu: STUBENRAUCH do §. 171 u. c., ANDERS *Fam. R.* str. 223, HUSSAREK str. 526. — orz. 4749, obojgu rodzicom przyznaje je orz. 6142. — Nie ma wątpliwości, że §. 154 u. c. wprost do przypadku alimentacyi rodziców nieślubnych nie może być stosowanym, gdyż z pozycyi jego wynika, że tylko do ślubnych rodziców się odnosi (HUSSAREK str. 527). W obec tego pozostawałaby tylko analogia (§. 6 u. c.) — która jednak w obec przepisu §. 166 u. c., iż prawa rodziców względem dzieci nieślubnych rozciągają się tylko tak daleko jak tego cel wychowania wymaga, zastosowaną być tu nie może. — Jestto *lex dura, sed lex.* — Jeżeli zaś matce służy wzajemne prawo dziedziczenia z ustawy i prawo do zachowku, to jestto *exceptio quae firmat regulam in casibus non exceptis.* Wyraźnie rodzicom ustawa prawa do utrzymania nie odmówiła zapewne z powodu, że obowiązku pietyzmu naruszać nie chciała. Por. natomiast §. 795 u. c. i SCHIFFNER l. c.

§. 473.

O stwierdzeniu pochodzenia ślubnego i nieślubnego.

WINIWARTER *Von der Bestreitung der ehelichen Geburt* w *Zt. f. oest. R.* 1828 I. str. 23 n.; WESSELY *Abh. über die Vermuthung d. ehel. Geburt* tamże 1834 II. str. 67, tegoż *Rechtsfall* w *Themis* I. (1835) str. 1; WILDNER *Einige Fragen* w *Jurist* XIII. str. 311; SCHUSTER *Beitr. zur Erläut. des §. 150* w HAIM. *Mag.* IX. str. 205; STINTZING *Bemerk. üb. die Praesumt. d. ehel. Vaterschaft* w *J. f. Dogm.* IX. str. 416; FUCHS *Die Rechtsvermuthung d. ehel. Vaterschaft* (1880); *γ. Ueber d. Gegenbeweis gegen die Vermuthung der ehel. und den Beweis der unehelichen Vaterschaft* w GELLERA *Centralbl.* XVII. str 195; — ANDERS *Fam. R.* §. 44; *Grundr.* §. 62; KRAINZ §. 449—451.

I. Ze względu na różnicę pod względem skutków prawnych ważnem jest stwierdzenie pochodzenia ślubnego lub nieślubnego.

Celem wykazania pochodzenia ślubnego stwierdzone być musi:

1) że dziecię zrodziła kobieta zamężna,

2) że je spłodził mąż.

Do 1). Okoliczność, iż dziecię przez pewną kobietę zrodzone zostało, w najrzadszych tylko przypadkach ulegać może wątpliwości; dlatego też ustawa o takiej wątpliwości milczy (*mater semper certa est*). Ze względu, że małżeństwo tak długo za ważne poczytane być musi, póki wyrokiem sądowym prawomocnie za nieważne nie zostanie uznanem, stwierdzenie tej okoliczności również nie ulega trudnościom [1]). Tak osoba matki jakoteż urodzenie się dziecięcia w czasie istniejącego małżeństwa stwierdzone zostaje w sposób zupełny dowód stanowiący metrykami stanu cywilnego, przeciw którym, jako dokumentom publicznym (§. 292 proc. cyw.), dowód nieprawdziwości poświadczonego w nich stanu rzeczy wprawdzie jest dopuszczalny (cyt. §. 292 ust. 2), lecz reguluje się w zupełności podług przepisów procedury sądowej, — materyalna

---

[1]) Ob. wyżej §. 433 po uw. 8.

zaś ustawa wcale na ciężar przeprowadzenia takiego dowodu nie wpływa.

Do 2). Natomiast okoliczność, iż dziecko spłodzone zostało przez męża, uchyla się z natury swej od dowodu bezpośredniego, pośrednio zaś mogłaby być udowodnioną tylko tym sposobem, gdyby zdołano udowodnić, że matka nigdy, a co najmniej w ciągu pewnego, prawidłami fizyologicznemi ustalonego czasu, z innym mężczyzną cieleśnie nie obcowała, — dowód najczęściej zbyt niepewny, ażeby na nim oprzeć można tak doniosłe skutki, jakie dla licznego grona ludzi łączą się ze stwierdzeniem ślubnego pochodzenia dziecka, — a w niektórych przypadkach wprost niemożebny.

Tu ustawa materyalna więc przyjść musiała w pomoc tym sposobem, że z pomiędzy możebnych stanów rzeczy wybiera taki, który ze względu na zwyczajny tok rzeczy najczęściej się zdarza [2]), — uznawając go za prawdziwy tak długo, dopóki nie zostanie udowodnione, że zachodzi inny stan rzeczy, czyli ustanawia t. zw. prawdę tymczasową (*Interimswahrheit*) [3]); — dowód zaś okoliczności, które wprost

---

[2]) Por. §. 17 u. c.: Co odpowiada wrodzonym prawom naturalnym, uważa się dopóty za istniejące, póki nie będzie udowodnione ograniczenie tych praw z ustawy.

[3]) Różnicę między t. zw. prawdą tymczasową a domniemaniem, upatruje UNGER II. str. 577, szczeg. 598 n. i uw. 50, w tem, że w przypadku domniemania ustawa mówi: jeżeli *A.* jest prawdą, to należy uważać za prawdę *B.*, — w przypadku zaś t. zw. prawdy tymczasowej mówi: *B.* należy uważać za prawdę, dopóki nie zostanie udowodnione przeciwieństwo. Za taką prawdę tymczasową uważa n. p. „domniemanie“ z §. 23 u. c., że dziecię żywe się urodziło. — Zd. m. każde domniemanie, dopuszczające dowodu przeciwieństwa, mieści w sobie t. zw. prawdę tymczasową, a jeżeli UNGER l. c. twierdzi, że prawdę tymczasową ustanawia ustawa „*plan und ohne Voraussetzung*“, a przy domniemaniu podaje fakt, z którego sędzia na prawdziwość innego faktu wniosek czynić może, to zauważyć należy, że nie ma przepisu, któryby bez podstaw faktycznych kazał coś uważać za prawdę. I według §. 23 u. c musi się dziecię narodzić, aby je można uważać za takie, które się żywem narodziło. — Por. także BERGER *Krit. Beitr.* str. 90 n. i str. 93 uw. 35. — STINTZING *Bemerk. über die Praesumtion der ehelichen Vaterschaft* w *J. f.*

albo wcale nie, albo też z wielkiemi tylko trudnościami mogłyby być udowodnione, ułatwia domniemaniami prawnemi.

Jeżeli mianowicie chodzi o stwierdzenie, kto spłodził dziecko, — fakt fizyologiczny, uchylający się w zupełności od bezpośredniego dowodu, — ustawa dzieli tę kwestyę na dwie t. j.

a) kiedy dziecko spłodzone zostało,

b) kto w tymże czasie z matką obcował.

Moment spłodzenia przy dotychczasowym stanie nauki fizyologii z całą pewnością stwierdzić się nie da. Natomiast stwierdzić się dadzą minimalne i maksymalne granice czasu, jaki upłynąć może — wstecz licząc — od urodzenia dziecka. Ustawa austr. przyjęła te granice między 180. a 300. dniem przed urodzeniem się dziecka i stanowi domniemanie, że kto w takim czasie z matką spółkował, od którego do urodzenia się dziecka nie mniej niż 180 dni (sześć miesięcy — §. 902 u. c.), a nie więcej niż 300 dni (dziesięć miesięcy) upłynęło, ten dziecko spłodził, a więc jest jego ojcem (§. 163 u. c.)[4]. Po-

---

Dogm. IX. str. 422 podaje jako przyczynę prawodawczą domniemania ślubnego pochodzenia względy na dobre obyczaje, świętość małżeństwa, cześć domową, spokój familii, ochronę małżonki i dziecka, które to względy nie powinny być bez potrzeby naruszane, — dodaje zaś, że t. zw. domniemanie rozumie się samo przez się tak, że nie wymaga nawet szczegółowego postanowienia w ustawie. Por. także FUCHS l. c. str. 4., który domniemanie to nazywa: *die formulirte Alltäglichkeit, welche freilich ihre Ausnahmen hat, die aber nicht häufig genug sind, um die Regel umzustossen.* — Domniemanie to powtarza się (za wzorem prawa pospolitego: *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* L. 5. *D. de in jus voc.* 2, 4). we wszystkich nowszych prawodawstwach (cyt. FUCHS str. 5 n. i *Mot.* do niem. kod. *1 Lesg.* IV. str. 650).

[4]) O rozmaitych pod względem możebnej długości ciąży zdaniach ob. HOFMANN *Lehrb. d. ger. Medicin* 1884 str. 193 n., FEIGEL Podręczn. Medycyny sąd. str. 135, także FUCHS str. 14 n. w uw. 22 i cyt. tamże aut. Najnowszy kod. niem. przyjmuje czas zapłodnienia między 180. a 302. dniem przed dniem urodzenia (§. 1717). Prawo angielskie nie stanowi granicy minimalnej ani maksymalnej, pozostawiając ocenienie danego przypadku ławie przysięgłych na podstawie orzeczeń lekarzy. O tem FUCHS str. 15 n.

nieważ zaś w prawidłowym toku rzeczy przypuszczać można, że w ciągu trwania małżeństwa, żona cieleśnie tylko z mężem obcowała, przeto ustawa ustanawia prawdę tymczasową, że dziecię, zrodzone przez żonę najwcześniej w siódmym miesiącu, t. j. po upływie 180. dnia po zawarciu małżeństwa, a najpóźniej w dziesiątym miesiącu t. j. przed upływem 300. dnia po jego rozwiązaniu, przez męża (w małżeństwie) spłodzone zostało, zatem jest pochodzenia ślubnego.

Domniemanie to obalone być może tylko dowodem, że mąż nie mógł spłodzić dziecka, w powyższym peryodzie przez żonę zrodzonego, a więc, że albo obcowanie cielesne w ciągu tego czasu wcale nie nastąpiło, albo też zapłodnienie nastąpić nie mogło[5]). — W tym celu mąż musi w ciągu trzech miesięcy od dnia, w którym o narodzeniu dziecka otrzymał wiadomość[6]), wyprzeć się sądownie

---

[5]) Uwagę zwrócić należy na to, że ustawa nie wymaga wykazania n i e m o ż n o ś c i c i e l e s n e g o o b c o w a n i a (jak to mylnie przyjmuje orz. Nowa Ser. 439), lecz n i e m o ż n o ś c i s p ł o d z e n i a. Rozumie się, że faktyczne rozdzielenie małżonków nie dowodzi samo przez się niemożności spłodzenia (orz. 7055, 11029, 14941), jednakże z drugiej strony, jeżli udowodnione zostanie, że mąż z żoną przez czas krytyczny wcale nie obcował, to choćby z nią w jednym pokoju mieszkał, niemożność spłodzenia będzie wykazaną, bo bez cielesnego obcowania spłodzenie jest niemożebnem. Cyt. orz. N. serya 439. twierdzi wbrew wyraźnemu brzmieniu §-fu, że ustawa n i e zadowalnia się dowodem, iż cielesne spółkowanie nie nastąpiło, lecz żąda dowodu, iż ono było niemożebnem. — Niektóre orz. uznają, że dowód z dojrzałości dziecięcia wystarcza dla wykazania niemożności spłodzenia (orz. 2727, 6885, 11092), inne przeciwnie (9503). Tak STUBENRAUCH, WINIWARTER, ELLINGER do §. 158, FUCHS str. 65 n. Wszelkie inne dowody, prócz opartych na nieobecności lub impotencyi wyklucza orz. 4080.

[6]) *A die scientiae. Nach erhaltener Nachricht.* Gdy sprzeciwienie się wymagane jest tylko w razie narodzenia się dziecka w terminie § 138 wskazanym, nie jest dostatecznem, iżby mąż w ogóle dowiedział się, że żona powiła dziecko, lecz koniecznem jest, iżby dowiedział się też o dacie narodzenia. Nie można też od męża wymagać, iżby na pierwszą lepszą plotkę reagował skargą z zaprzeczeniem ojcowstwa. — Czy więc wiadomość męża była dostateczną, aby spowodować go do zaprzeczenia, sąd ocenić musi podług konkretnego przypadku.

ojcowstwa i w procesie przeciw kuratorowi, dla dziecka ustanowić się mającemu, niemożność spłodzenia udowodnić (§. 158 u. c.) [7]). Przytem ustawa podaje regułę dowodową, że ani dowód cudzołostwa, przeciw żonie przeprowadzony, ani też twierdzenie jej, iż dziecię jest nieślubne, nie może dziecka po-

---

Orz. 1891. dopuszcza odroczenia terminu do zaprzeczenia ojcowstwa, co zd. m. ze względu, że to jest termin prawa materyalnego, wprost jest niedopuszczalne. — Z ogólnych zasad o dowodzie wynika, że opóźnienie sprzeciwienia się powinien udowodnić przeciwnik męża (orz. 554, 5662, 13.400).

[7]) Powszechnie przyjętem jest że zaprzeczenie w tym terminie winno nastąpić we formie skargi (por. orz. 3310, 5620). Możebną byłaby też interpetacya taka, że w ciągu 3 miesięcy miałby obowiązek sprzeciwić się sądownie ślubności we formie oświadczenia, a skargę wnieść dopiero później. Tej interpretacyi sprzeciwiają się protokoły, z których wynika, że termin, którego podług kod. gal. (§ 134) nie było (według wniosku jednoroczny, podług uchwały 3 miesięczny) uznany został za wystarczający do zebrania dowodów, a zatem do przygotowania skargi (OFNER I str. 153 §. 134) W ciągu 2. odczytu AICHEN *in favorem* dzieci w prawnym terminie urodzonych, pragnął w ogóle uchylić możność dowodu przeciwnego (OFNER II str. 352). Przeciw kuratorowi skarga musi być skierowaną z powodu kolizyi, jaka zachodzi między powodem (jako do mniemanym ojcem) a dzieckiem (§ 271 u. c.). Ustawa wychodzi tu z najczęstszego przypadku, że dziecię w czasie skargi jest małoletnie. Gdyby wówczas było pełnoletniem, nie było by tej kolizyi — zatem ustanowienie kuratora byłoby zbytecznem, przeciwnie WESSELY *Abh. üb. die Vermuth. u. Bestreitung d. ehel. Geburt* w *Z. f. öst. Rg.* 1831 II str. 67 n., specyalnie str. 103, który nadaje temuż kuratorowi charakter podobny do tego, jaki ma *defensor matrimonii*, z powodu, że tu chodzi nietylko o interes dziecka, lecz i innych krewnych — a nawet państwa. Podobnie SCHMIDL w *Jur. Bl.* N. 34 i 35 z r. 1882. — Orz. 13013 wymaga skierowania skargi także i przeciw matce, ponieważ zakres jej obowiązków w razie uznania dziecka za nieślubne się rozszerza. FUCHS str. 76 sądzi, że zaprzeczenie ojcowstwa może nastąpić także we formie excepcyi (tak orz. 1891). Przeciwnie KRAINZ §. 451 przy uw. 20 (także orz. 3895). To ostatnie zdanie uważam za słuszne, gdyż inaczej ograniczenie prawa zaprzeczenia do 3 miesięcy *a die scientiae* byłoby bez wszelkiej doniosłości.

zbawić praw pochodzenia ślubnego [8]). Prawo wystąpienia przeciw ślubności dziecka mają, po śmierci mniemanego ojca, dziedzice jego, w terminie trzechmiesięcznym po jego śmierci (§. 159 u. c.) [9]). Nikomu innemu zaś to prawo nie służy. Gdyby więc mąż lub jego dziedzice zaniedbali terminu (§. 158, 159 u. c.), tracą prawo zaprzeczenia pochodzenia ślubnego, a gdy nikt inny tego prawa nie ma, dziecię takie

---

[8]) Matkę uważa tedy ustawa w tym procesie za świadka niewiarygodnego; nie mogę się zaś zgodzić z twierdzeniem FUCHSA str. 63. n., jakoby była niewiarygodną tylko o tyle, o ile chodzi o uznanie dziecka za nieślubne. Albo ktoś jest, albo nie jest wiarygodnym. Po kim się ustawa obawia, aby nie skłamał na niekorzyść, o tym trzeba się obawiać tego samego, chociaż mówi na korzyść dziecka. W tym przypadku tem bardziej, że gdy dziedzice występują, matka, zeznawając na korzyść dziecka nieślubnego, znajduje się w kolizyi takiej samej, gdyż zeznanie jej musi wypaść najczęściej na niekorzyść dzieci ślubnych. — Ob także WESSELY l. c. str. 69.

[9]) Pierwotnie dziedziców męża nie chciano dopuścić do zaprzeczenia, ZEILLER sądził, że *es wäre zu hart auch noch die Erben zur Bestreitung zuzulassen* — jeśli mąż nie zaprzeczył a więc milcząco uznał ślubne pochodzenie. Wówczas w pierwszym odczycie nie uchwalono dopuszczenia dziedziców, używając szczególnego argumentu, że jeśli dziecię urodzone zostanie w pośród okoliczności, które dozwalają wątpliwości co do ślubnego pochodzenia: *den Erben ohnehin unbenommen sei, ihre Zweifel anzubringen und dann den Vertretern des Kindes zukomme, die eheliche Geburt zu beweisen* (?) (OFNER str. 153, 154 §. 134). Dopiero w ciągu 2. odcz. uznano także prawo dziedziców dając im termin 3 miesięczny od śmierci męża (OF. II str. 353 §. 123). — Że tylko i wyłącznie mąż a względnie tegoż dziedzice (w pośród war. §. 159) mają prawo zaprzeczać ślubne pochodzenie dziecka urodzonego przez żonę, ob. orz. 3310, ob. WESSELY l. c. str. 81 n. 93 n. (inaczej 13447), — także i matka nie, jeśli nie jest spadkobierczynią swego męża. WESSELY l. c odmawia jej to prawo nawet chociażby była dziedziczką męża, a to z powodu ostatniego ustępu §. 158 u. c, co nie ma podstawy, gdyż ustęp ten odnosi tylko do dowodu, nie zaś do czynnej legitymacyi do skargi. — Jeśli ojciec jest niewłasnowolny, ma prawo do opugnowania jego zastępca prawny (orz. 1651, 13013). Że nikt inny prócz męża ewent. i jego dziedziców nie ma prawa zaprzeczania zrodzonemu przez żonę dziecku ślubności, kod. józ. (rozdz. 4. §. 2.) wyraźnie stanowił, a dekr. nadw. z 7. marca

nieodwołalnie jako ślubne musi być poczytane[10]). Kodeks cywilny, dając powyższe prawidła o domniemaniu ślubności dzieci zrodzonych po rozwiązaniu małżeństwa lub rozwodzie, nie wspominał wcale o dzieciach urodzonych po dokonanym rozdziale małżonków od stołu i łoża, tak, że dzieci takie, kiedykolwiek po takiej separacyi zrodzone, musiały być za ślubne poczytane. Dopiero dekretem nadw. z 15. czerwca 1835 L. 39 zb. u. s. postanowione zostało, że dzieci, zrodzone w dziesięć miesięcy po sądowej separacyi małżonków, mają być tylko wówczas za ślubne poczytane, jeśli przeciw małżonkowi przeprowadzony zostanie dowód, w §. 163 u. c. wymagany (t. j., iż tenże z żoną obcował cieleśnie w czasie, od którego aż do narodzenia niemniej niż 180 — a nie więcej niż 300 dni minęło, albo iż chociażby pozasądownie do ojcowstwa się przyznał), lub też jeśli małżonkowie w czasie, w którym podług §. 138 u. c. spłodzenie nastąpić mogło, powrócili do spólnego pożycia małżeńskiego, chociażby o tem sądowi nie byli donieśli[11]).

1787 L. 648 lit. *b.* objaśnił, że przepis ten obowiązuje, choćby nawet chodziło o prawa osób trzecich.

[10]) Orz. 4523. — KRAINZ §. 451 przy uw. 22. Chociażby kto inny do ojcowstwa się przyznawał a nawet za swem zezwoleniem w metryce jako ojciec był zapisany. KRAINZ l. c. Mąż ma więc prawo wszystkie przez żonę swą kiedykolwiek urodzone dzieci uważać za swoje.

[11]) Termin dziesięciomiesięczny liczy praktyka sądowa od dnia prawomocności orzeczenia o rozwiązaniu, rozwodzie lub separacyi, co ma tę niewłaściwość, że domniemanie ślubnego lub nieślubnego pochodzenia dziecka jest zależnem od tego, kiedy kancelarya wyrok wygotuje a woźny go doręczy! Słusznie WESSELY (*Themis* N. Folge III str. 13) twierdzi, że gdyby małżonkowie po separacyi jeszcze żyli ze sobą, termin ten nie rozpocząłby się wcale, a dopiero faktyczne rozłączenie się ich mogłoby stanowić początek biegu tego terminu. Podstawą wykluczenia domniemania ślubności jest bowiem niewątpliwie faktyczne odrębne życie małżonków, nie zaś orzeczenie sądowe, które jedynie pozwala rozejść się małżonkom, a nie nakazuje tego. Słusznie też tenże autor — na tej samej podstawie — stawia na równi z separacyą faktyczne tymczasowe odrębne mieszkanie, jeśli nastąpiło na mocy pozwolenia sądowego. — Przeciw temu STUBENRAUCH do §. 158 w uw.

II. Powody domniemania ślubności nie zachodzą u dzieci, zrodzonych przez żonę przed 180. dniem po zawarciu lub po 300. dniu po rozwiązaniu małżeństwa. Co do tych dzieci ustawa owszem stanowi domniemanie, że są nieślubnego pochodzenia (§. 155 u. c.). Przy późniejszem urodzeniu się dziecka (t. j. po 300. dniu po rozwiązaniu lub rozwodzie, a względnie rozdziale od stołu i łoża — d. n. z 15. czerwca 1835 L. 39 zb. u. s.) już to samo opóźnienie narodzenia się powoduje, że kto utrzymuje, iż dziecię mimoto przez męża spłodzone zostało (w czasie istniejącego jeszcze małżeństwa), a więc jest ślubnem, udowodnić to musi. Przy wcześniejszem urodzeniu t. j. takiem, które nastąpiło przed upływem 180 dni po zawarciu małżeństwa, nie jest jednak wykluczonem, że spłodził je mąż, chociażby przed zawarciem małżeństwa. Z tego powodu domniemanie nieślubności takich dzieci ustawa czyni zależnem od tego, iżby mąż najpóźniej we 3 miesiące po otrzymanej o narodzeniu wiadomości oświadczył przed sądem, że ojcowstwa swego zaprzecza (§. 156 u. c.)[12]. Gdyby tego nie uczynił, dziecko takie jako przez niego, chociażby przed zawarciem małżeństwa spłodzone, lecz w ciągu tegoż urodzone, zatem ślubne, poczytane będzie. Wówczas ojciec wprawdzie nie straciłby prawa opugnowania ślubności dziecka, lecz na nim ciężyłby dowód, że nie on jest jego ojcem[13]. Jeśli zaś mąż w powyższym terminie ojcowstwa sądownie się wyprze, ślubność dziecka może być udowodnioną przeciwko niemu tylko przez znawców, którzy po dokładnem zbadaniu dziecka i matki przyczynę tego nadzwyczajnego przypadku wyraźnie podadzą (§. 157 u. c.).

---

[12]) Nie potrzeba w tym celu wnoszenia skargi formalnej, orz. 615, 3692. 5620, 9203, gdyż ustawa nie żąda tu — jak w przypadku §. 158 u. c. — wystąpienia z dowodami. Przeciwnie FUCHS str. 75. żąda w tym przypadku skargi formalnej. Por. także ZIMA str. 15., GELLER w *Ger. Halle* 1865. N. 45., ANDERS str. 181., KRAINZ uw. 21., TILSCH do §. 156. i uw. 149.

[13]) SCHUSTER *Beitr. zur Erläut. der §. 155, 156, 157 b. G. B.*, HAIM. *Mag.* IX str. 205 n. Czytając §. 156 w związku z §. 138 u. c. dochodzimy do rezultatu, że: jeśli mąż wcześniej urodzonemu dziecku nie zaprzeczy ojcowstwa, nie ma domniemania, że ono jest nieślubnem; skoro zaś nawet

Mąż, który przed zawarciem małżeństwa wiedział o brzemienności żony, nie ma prawa sprzeciwiać się ślubności dziecka, chociażby przed 180. dniem małżeństwa urodzonego, a tem samem nikt nie ma legitymacyi do opugnowania ślubnego tegoż pochodzenia[14]).

§. 474.

O dochodzeniu ojcowstwa nieślubnego.

HAIMERL *Lässt die in §. 163. b. GB. aufgest Vermuthung e. Gegenbeweis zu? Z. f. ö. R.* 1836 I 311. n.; TURNES *Ueb d. Rechtsfolgen d. Mitschuld an der unehel. Paternität* w *Jurist* XVII str. 157.; — H. R. *Die Paternitätsklage n. oest., deutsch. u. franz. R.* w *Z. f. ö. R.* 1848 II str. 505.; MICHEL *Beweis d Vaterschaft zu e. unehel. Kind* w *Themis*, *Neueste Folge* (1849.) str. 28 n — *Ueber d. Paternitätsprocess* w *Ger. H.* 1874. N. 28—30; LARCHER *Kann d. Gekl. im Paternitätsprocess einwenden...* w *Jur. Bl.* 1882 N. 32, JANITSCHEK *Z. Frage des Gegenbeweises geg. d. Praesumtion des §. 163. b. G.B.* tamże N 38. PITREICH *Der Gegenbeweis aus dem Reifegrade des Kindes*, w *Ger. Zt.* 1884 N. 73—75.; GRÜNWALD *Ueb. d. Bew. d. Vaterschaft nach d. Tode d. Erzeugers* w *Z. f. Not.* 1884 N. 1 — ANDERS *Fam. R.* §. *44.* KRAINZ II. §. 454.

Co do dzieci zrodzonych przez osobę niezamężną nie może być wątpliwości, iż są nieślubnemi, podobnie też co do dzieci zrodzonych wprawdzie przez kobietę zamężną, których nieślubne pochodzenie prawomocnym wyrokiem stwierdzone zostało.

---

za dzieckiem prawidłowo podług §. 138 u. c. urodzonem tylko domniemanie ślubności zachodzi, nie można przypuścić, aby zaniechanie sprzeciwienia miało siłę uznania taką, iżby już dowód przeciwny nie był dopuszczalny. — Przeciwnie jednak: WINIWARTER I. §. 174. UNGER II str. 112 uw. 26. a. i str. 584. uw. 18., który na uzasadnienie swego twierdzenia odwołuje się na pr. rzymskie (L. 1. §. 4. D. *de agnosc.* 25. 3.) i za którym bez bliższego uzasadnienia poszedł KRAINZ §. 450 przy uw. 17.

[14]) Tak też FUCHS str. 42. — przeciwnie ELLINGER do §. 157 i KRAINZ §. 450 przy uw. 18.

W obec tego, że matka i tu z reguły jest pewną[1], chodzić może tylko o stwierdzenie osoby nieślubnego ojca. Gdy akt spłodzenia przedmiotem dowodu być nie może, ustawa dzieli tę kwestyę i tu (ob. wyżej §. 473) na dwie, mianowicie: kiedy dziecko spłodzone zostało i kto w tymże czasie z matką obcował, stanowiąc domniemanie, że ojcem dziecka nieślubnego jest ten, kto z matką obcował cieleśnie w czasie, od którego aż do dnia urodzenia najmniej 180, a najwięcej 300 dni (sześć a względnie dziewięć miesięcy, §. 902 u. c.) upłynęło. — Obok tego poczytuje za ojca także i tego mężczyznę, który, chociażby pozasądownie, do ojcowstwa się przyznał (§. 163 u. c.)[2], — a zezwolenie mężczyzny, ażeby go jako ojca nieślubnego do metryki wpisano,

---

[1]) Lecz to nie zawsze. Ob. np. d. k. n. z 21. października 1813 L. 49 zb. u. pol., podług którego może się zdarzyć, iż nazwisko matki, jeżli prawdziwości jego stwierdzić nie można, wcale do metryki wpisane nie zostanie, albo d. n. z 13 stycznia 1814 L. 7. zb. u. pol., który dowodzi, że matka nawet niekiedy nie może być zniewoloną do podania swego prawdziwego nazwiska a — jak się rzeczony dekret wyraża, — „ustawy obowiązujące mądrze rozporządzają, że osobom unieszczęśliwionym, które stały się matkami po za małżeństwem, nie należy wydzierać tajemnicy ich prawdziwego nazwiska“. — W obec tego metryka urodzin pod względem osoby matki żadnego dowodu stanowić nie może. — Oczywiście, że dziecię, które nie potrafi stwierdzić osoby matki, nie jest też w możności przeprowadzić dowodu ojcowstwa inaczej, jak chyba tylko dobrowolnem przyznaniem się ojca. — Ob. KISSLING w *Ger. Halle* 1879 N. 97., SCHINDLER w *Zeitsch. f. Verw.* z r. 1893 N. 38. Że skarga o uznanie macierzyństwa jest dopuszczalną, niema wątpliwości w obec ogólnej reguły §. 19 u. c. Por. orz. 1136. — W kod. Nap. art. 351. skarga ta wyraźnie jest dopuszczona: *La recherche de la maternité est admise.* Z natury rzeczy wynika, że dziecię, reklamujące matkę, udowodnić musi, że jest identyczne z dzieckiem przez nią urodzonem. DEMOLOMBE V str. 498.

[2]) Przyznanie pozasądowe jest faktem, uzasadniającym w procesie żądanie skargi, musi być więc udowodnione tak, jak każdy inny fakt. Praktyka niekiedy wymaga, aby przyznanie zawierało w sobie znamiona ustawowe t. j. iż ktoś w krytycznym czasie z matką obcował, n. p. orz. 14028. Zd. m. dostatecznem jest, iżby ktoś przyznał, iż jest ojcem

poczytuje za przyznanie się do ojcowstwa[3]), wpis zaś jego do metryki, uskuteczniony na żądanie matki i za pozwoleniem

---

pewnego dziecka. Gdyby wymagano w przyznaniu — jak cyt. orzeczenie — wymienienia kalendarzowego czasu obcowania cielesnego, wątpić by należało, iżby często korzystać można z takiego przyznania, gdyż rzadko ktoś zdecyduje się na tak dokładnie sformułowane oświadczenie. Niema zresztą wątpliwości, że przyznanie się do ojcowstwa jest *plus* w porównaniu do przyznania, iż się w pewnym czasie z pewną kobietą obcowało. Por. orz. 4087, 6958, 8053, 15672. — Nawet przyznaniem małoletniego zadawalnia się orz. 1426. — W obec tego, że §. 266 ust. 3 i 272 proc. sąd. ocenienie doniosłości pozasądowego przyznania pozostawiają sędziemu, dawna kwestya sporna, czy przyznanie to powinno mieć wszelkie kwalifikacye, wymagane dawniejszemi ustawami proceduralnemi, stała się obecnie bezprzedmiotową. — Zapatrywanie autorów na tę kwestyę przedstawia już tylko historyczną wartość. Na posiedz. z 25 maja 1807 AICHEN żądał, aby przyznanie ojcowstwa miało wszelkie wymogi proceduralne (§. 110 józ. proc. sąd.) Uchwalono jednak, że sędzia może sam ocenić doniosłość takiego przyznania. uwzględniając także i inne okoliczności a przyznanie uzasadnia zawsze tylko prawne domniemanie i dopuszcza dowodu przeciwnego (OFNER II str. 354 §. 127). Już wówczas więc autorowie ust. cyw. uznawali potrzebę swobodnego ocenienia sędziowskiego. Wobec ówczesnej legalnej teoryi dowodowej przepis §. 163 u. c. był konieczny, obecnie stał się zbytecznym. — Nie można jednak z KRAINZEM powiedzieć, iżby był zniesiony, gdyż nowsze ustawy nic przeciwnego nie zawierają. Jak w tekście TILSCH do § 163. O tyle ma także racyę SCHUSTER *Civilpr.* str. 301. uw. 2., mówiąc, że §. 163 u. c. pod względem materyalnym nietknięty pozostaje. — Jeśli SCHRUTKA Grünh. XXIV st. 723. zapytuje, czy miałoby to znaczyć, że sędzia musi przyznanie takie uznać, chociażby go o prawdziwości przyznanego spółkowania nie przekonało, to odpowiedzieć należy oczywiście: nie. Lecz z przytoczonej historyi §. tego wynika, że i poprzednio inaczej nie było i że sędzia także i poprzednio miał prawo ocenić, czy to, co na zewnątrz jako przyznanie się przedstawia, jest przyznaniem, czy nie.

[3]) W ciągu obrad nad tym §-fem (§. 150 I k. gal). występował przeciwko temu SONNENFELS, odwołując się do przepisów o prowadzeniu metryk, wedle których nazwisko ojca tylko wówczas mogło być wpisane, jeźli tenże sam przyznał się do ojcowstwa, bez tego zaś wcale wpisane być nie mogło.

przyznającego, za zupełny dowód przyznania[4]), jeśli zarazem pozwolenie to stwierdzone jest świadectwem duszpasterza i jednego ze świadków przy akcie immatrykulacyi udział biorących (ewent. ojca chrzestnego)[5]) z dodatkiem, że im przyznający się do ojcowstwa osobiście jest znany (§. 164 u. c.), a więc jeśli przepisy obowiązujące dla wpisania do metryki aktu urodzenia ściśle były przestrzegane (instrukcya ogłoszona d. k. n. z 21. paźdz. 1813 L. 49 zb. u. pol. i d. k. n. z 13 stycznia 1814. L. 7. zb. u. pol.).

Przyznanie się do ojcowstwa bez względu na to, czy metryką urodzin czyli też w inny sposób stwierdzone zostało, uzasadnia jedynie tylko domniemanie, że przyznawający jest ojcem, nie uchyla zaś możności dowodu przeciwnego,[6])

Uważał więc przepis ten za zbyteczny. Zatrzymano ten przepis, polecając jedynie referentowi, aby go odpowiednio do uwag SONNENFELSA przerobił (OFNER I str. 160).

[4]) Że wpis do metryki, chociaż zupełnie wymogom §. 164. odpowiadający, nie stanowi dowodu ojcowstwa, lecz tylko tej okoliczności, że wpisany do ojcowstwa się przyznał, wynika ze związku §. 164 u. c. z § poprzednim.

[5]) Użyty w §. 164 u. c. wyraz *Pathe* wszystkie przekłady polskie tłumaczą przez „ojciec chrzestny“ nie zważając na to, że wówczas § ten do żydów nie mógłby być zastosowany i że niemiecki tekst nie mówi *Taufpathe*. — Przyznać trzeba, że wyraz *Pathe* nie jest tu odpowiednim, bo w pierwotnem znaczeniu odnosić się on może tylko do świadków aktu chrztu, nie zaś do aktu immatrykulacyi urodzin. Z drugiej jednak strony niema wątpliwości, że autorowie ustawy mieli na myśli nie ojca chrzestnego (kuma), lecz jednego ze świadków aktu immatrykulacyi bez względu na to, jaką rolę tenże ze stanowiska kościelnego odgrywa. To też cyt. już wyżej d. k. n. z 21 października 1813. i odnośna instrukcya nie wspominają o ojcu chrzestnym, lecz wymagają obecności dwóch ważnych światków, *zwei gültige*, albo *zwei dem Seelsorger als rechtliche Menschen bekannte Zeugen*, a instrukcya wspomina, że podług §. 164. u. c. duszpasterz może zastępować miejsce jednego, a ojciec chrzestny drugiego z tych świadków.

[6]) Tak już ZEILLER I str. 362 n. — §. 270 proc. sąd. usunął pod tym względem wszelką wątpliwość, Dawniej było to spornem. Por. HAIMERL *Lässt die im §. 163 b. GB. aufgestellte Vermuthung einen Gegenbeweis zu? Z. f. oest. R.* 1836

do którego prowadzenia jednakże legitymowany jest tylko domniemany ojciec[7]). — Dowód ten opierać się może na tem, że spłodzenie dziecka było niemożebnem albo w ogóle[8]) albo też dziecka, o które chodzi[9]), albo że kto inny prawomocnym wyrokiem jako ojciec dziecka jest uznany[10]), — nie

---

I str. 311 n., LARCHER w *Jur. Bl.* 1882 N. 32, JANICZEK *Zur Fr. des Gegenbeweises gegen die Praesumtion des §. 163 b. GB.* tamże N. 38. — W praktyce nie brak orzeczeń, które uważają domniemanie z §. 163 u. c. jako *praesumtio juris et de jure:* 2660, 3182, 7785, 15339.

[7]) Ob. trafne orz. 331 N. F. w przedmiocie legitymacyi skargi o stan (*Statusklagen*). Gmina A. wystąpiła przeciw B. o uznanie, że tenże B. nie jest synem nieślubnym. D. — Najw. Tryb. (zgodnie z II inst). odmówił jej legitymacyi, jakkolwiek bowiem może ona być w tem interesowaną, ażeby jakiś stosunek familijny stwierdzony został wyrokiem tak lub inaczej, nie ma prawa mieszać się do stwierdzonego już między stronami bezpośrednio interesowanemi stosunku familijnego. Mimo §. 12 u. c. odnosi bowiem tak stwierdzony stosunek także i w obec osób trzecich skutek bezwzględny. Ob. NOSEK *Rechtswirkung des Urtheiles gegen dritte Personen* w *Ger. Ztg.* 1899. Nr. 29 i 30, TILSCH do §. 12. u. c.

[8]) N. p. z powodu impotencyi bezwzględnej.

[9]) N. p. z powodu niemożności zapłodnienia mimo dokonanego *coitus* skutkiem używania pewnych środków prezerwatywnych przeciw zapłodnieniu. Praktyka sąd. nie jest skłonną dopuszczać tego rodzaju zarzuty (n. p. orz. 8529); — w orz. 5339 Najw. Tryb. nie orzeka w zasadzie niedopuszczalności tego zarzutu, lecz odrzuca dowód, ponieważ środek prezerwatywny nie został przedłożony, a więc znawcy o nim zdania wypowiedzieć nie mogli. Przeważnie prakt. sąd. odrzuca dowody bezskuteczności obcowania cielesnego, skoro tylko zewnętrzne wymogi spółkowania zachodzą. Por. orz. 4872, 15550. — Zarzut oparty na niedojrzałości dziecka praktyka przeważnie uważa za niedopuszczalny: orz. 2660, 3182, 3628, 7327, 11593, 15339, także dowód z niedopodobieństwa rysów: orz. 2294. — Co do tego ob. jednak FUCHS str. 73, który pragnie dopuścić go przynajmniej w przypadkach, gdy dziecię widocznie do innej rasy należy, n p. jeśli małżonka rasy europejskiej swemu białemu mężowi zrobi niespodziankę rodząc murzyna.

[10]) Praktyka sąd. jest w tym kierunku nawet liberalniejszą, gdyż uwalnia od ojcowstwa nieślubnego już skutkiem dowodu, że kto inny za swem zezwoleniem jako ojciec

może zaś opierać się na przyznaniu matki (anal. z §. 157 i 164 u. c.)[11]), ani też na okoliczności, iż oprócz pozwanego jeszcze inni w tym samym czasie z matką cieleśnie obcowali (t. zw. *exceptio plurium concumbentium*) [12]), to ostatnie,

---

do metryki został wpisany (orz. 8854, 11593). Praktyka ta polega na zapatrywaniu, że wpis, odpowiadający wymogom §. 164 u. c., stanowi dowód ojcowstwa, gdy powyżej wykazano, iż uzasadnia on tylko domniemanie.

[11]) Por. orz. 2660.

[12]) Co do dzieci w małżeństwie urodzonych excepcya ta jest wykluczoną już podług §. 158 u. c., według którego cudzołostwo żony nie odbiera dziecku praw ślubnego pochodzenia. — Inaczej według kod. Nap. (art. 313). — Co do dzieci pozamałżeńskich dałoby się wiele powiedzieć *de lege ferenda* za dopuszczalnością tej excepcyi. Por. §. 1717 kod. niem. *Mot. I. Lesung* IV. str. 886 i uzasadnienie wniosków mniejszości i większości podczas 2. odczytu *Prot. 2 Les.* IV. str. 673 n. — Dla pr. aust. w obronie tej excepcyi wystąpił UNGER *Die Exc. pl. conc. im heutigen oesterr. Rechte* w *G. Z.* 1857 N. 135—137, twierdząc, że gdy przeciw wszystkim „konkumbentom" zachodzą te same warunki ojcowstwa, dowód, że jeden z nich jest ojcem, poczytany być musi za niemożebny. Słusznie jednak zauważał STUBENRAUCH do §. 163 u. c. w uw., że gdyby udowodniono, iż matka tylko z jednym w krytycznym czasie obcowała. nie byłoby powodu ustanawiać domniemania, że tenże jest ojcem, lecz byłaby pewność. — Że dopuszczenie tej excepcyi nie było w zamiarze autorów ustawy, wynika z historyi tego §-u. — Fakultet praski żądał postanowienia, że w razie gdyby prawne domniemanie ojcowstwa przeciw kilku mężczyznom przemawiało, wszyscy spólnie winni ponosić koszta wychowania dziecka. ZEILLER zauważył wprawdzie, że to już z tekstu wynika (zaczem excepcya nie uwolniłaby żadnego, a jedynie umniejszyłaby rozmiar świadczeń), — dodał jednak, że opiekuna rzeczą jest ocenić, do kogo jako do ojca zwrócić się ma. (OFNER I. str. 160, §. 149). — Zdanie ZEILLERA *Com.* I. str. 364, jakoby opiekun nawet po wyroku, uznającym jednego za ojca, mógł innego pozywać, gdyby pierwszy nie był w możności dopełnienia obowiązków, — jest oczywiście mylnem w obec tego, że wyrok raz zapadły wiążącym jest dla dziecka. — Kwestya, czy dziecko może mieć według pr. austr. więcej ojców, była rozbieraną w liter. austr. w kilku rozprawach, przyczem wprowadzano *pro* i *contra* argumenta najdziwaczniejsze. Por. n. p. VAN DER STRASS *Beitrag zur Beantw. d. Frage: Kann ein Kind... mehr als einen leiblichen*

ponieważ okoliczność ta nie dowodzi niemożności spłodzenia dziecka przez pozwanego, a więc domniemania z §. 163 u. c. usunąć nie zdoła.

Vater haben?, który zaprzeczając tej tezie twierdzi n. p. na seryo, że §. 141 u. c. w tym razie musiałby opiewać: *Es ist vorzüglich die Pflicht aller Väter... für den Unterhalt der Kinder... zu sorgen* itp. — Literatura ta chyba jak *curiosum* zasługuje na uwagę i stanowi dowód, do jakich rezultatów prowadzić może martwa, bezmyślna, wyrazów ustawy czepiająca się egzegeza.

ROZDZIAŁ II

O legitymacyi i adopcyi.

§. 475.

O uprawnieniu (legitymacyi) dzieci nieślubnych.

HÜTTNER *Ausf. Entwicklung der L. v. d. gesetzl. Erbfolge* (1819) §. 83—96.; ANDERS §. 48, *Grundr.* §. 66, KRAINZ II §. 452. — STUPECKY *Legitimace dĕti nemanželských podle práva rakouského* (1897).

Dziecię nieślubne uzyskać może albo wszystkie, albo też niektóre tylko prawa dziecka ślubnego przez t. zw. uprawnienie czyli legitymacyę [1]).

Uprawnienie takie następuje:

1) W przypadku t. zw. konwalidacyi nieważnego małżeństwa przez usunięcie przeszkody nieważności skutkiem dyspensy i ponowionego uroczystego zezwolenia (§. 88 u. c.)[2]).

---

[1]) Używany często zwrot, iż skutkiem legitymacyi dziecię staje się ślubnem, nie jest dokładnym już dla tego, że legitymacya niekoniecznie nadaje mu wszystkie prawa dziecka ślubnego. Prawdą jest tylko, że skutkiem legitymacyi dziecko, jakkolwiek nieślubne, ma być pod pewnymi względami traktowane tak, jak gdyby było ślubnem. — Podobnie uważam za błędne określenie, że legitymacya jest zdarzeniem prawnem, skutkiem którego dziecko nieślubne staje się ślubnem. Legitymacya jest skutkiem prawnym zdarzenia, nie zaś zdarzeniem samem.

[2]) Obydwa te warunki do konwalidacyi małżeństwa są konieczne. Wsteczny skutek jej bowiem następuje tylko

Dzieci bowiem, urodzone w czasie, gdy małżeństwo rodziców było nieważnem, są nieślubne. Skoro jednak przeszkoda usuniętą i uroczyste zezwolenie ponowione zostanie, małżeństwo uważa się za ważne ze skutkiem wstecznym t. j. od chwili pierwszego zezwolenia, a więc tak, jak gdyby już pierwotnie ważnie było zawarte, czyli, innemi słowy, przeszkoda, dyspensą usunięta, w tym przypadku uważaną jest, jak gdyby nigdy nie była istniała (ob. wyżej §. 437 pod III i uw. 15). Prostą konsekwencyą tego wstecznego działania usunięcia przeszkody jest, iż dzieci, w tem mniemanem małżeństwie spłodzone, jakkolwiek z urodzenia były nieślubne, poczytywane są za ślubne (§. 160 u. c. ust. 1.) także ze skutkiem wstecznym, a więc zyskują wszelkie prawa dzieci ślubnych, jak gdyby już od urodzenia były ślubnemi [3]).

2) Chociażby konwalidacya małżeństwa rodziców w sposobie pod 1) podanym nie nastąpiła, dzieci w pozornem (putatywnem) małżeństwie zrodzone, mają być poczytane za ślubne, jeśli przynajmniej jedno z rodziców ma za sobą bezwinną nieświadomość o przeszkodzie, która nieważność mał-

---

wówczas, jeśli nastąpi dyspensa (*wenn ... die Nachsicht ertheilt wird*) i jeśli zezwolenie na małżeństwo powtórzone zostanie (§. 88 u. c.). — Tak też KRAINZ l. c. uw. 1., ob. także wyżej §. 437 uw. 15. — Przeciwnie HÜTTNER l. c., ANDERS str. 208. odnosi ten przypadek legitymacyi także do faktycznego odpadnięcia przeszkody — jeśli konwalidacya nie nastąpiła.

[3]) Niesłusznie zd. m. odmawiają temu przypadkowi charakteru legitymacyi prawdziwej KRAINZ l. c. i STUBENRAUCH do §. 160. — Skoro bowiem dziecię było nieślubnem, a później stało się ślubnem, to nic innego to nie znaczy, jak tylko, że zostało ze skutkiem wstecznym uprawnione. — O konwalidacyi małżeństwa mowa być może tylko w razie przeszkody takiej, której istnienie *ipso jure* czyni małżeństwo nieważnem. Jeśli istnieje przeszkoda prywatna, to przed jej podniesieniem niema wcale nieważnego małżeństwa, więc niema dzieci nieślubnych, któreby legitymowane być miały. Jeśli zaś przeszkoda prywatna podniesioną zostanie i doprowadzi do uznania małżeństwa za nieważne, dzieci zrodzone w takiem małżeństwie nie podług ust. 1. §. 160, lecz podług ust. 2. uprawnione zostają, a więc tylko pod warunkiem, że jedno z małżonków ma za sobą bezwinną nieświadomość o przeszkodzie. Ob. w tekście pod 2.

żeństwa spowodowała[4]). W tym jednakże przypadku dzieci takie nie mają praw do tego majątku, który na mocy rozporządzeń familijnych przeznaczony jest wyraźnie dla potomstwa ślubnego (§. 160 u. c. ust. 2.)[5]).

Tak pierwszy jak i drugi sposób legitymacyi pierwotnie nie był przystępny dzieciom, jeśli nieważności małżeństwa ich rodziców stała na przeszkodzie jedna z przyczyn nieważności wymienionych w §. 62 (istniejący związek małżeński), §. 63 (wyższe święcenia lub uroczyste śluby bezżenności) lub §. 64 (różność religii). Dopiero ces. rozp. z 3 czerwca 1858 L. 92 d. u. p. uchyliło to ograniczenie, stanowiąc, że dzieci takie mają być za ślubne poczytane bez względu na to, na jakich powodach opierała się nieważność małżeństwa ich rodziców, jeśli tylko przynajmniej jedno z rodziców pozostawało

---

[4]) Mylnie zd. m. odnoszą niektórzy ową nieświadomość do chwili spłodzenia dziecka (HÜTTNER str. 247, ANDERS str. 208). Ustawa nas do takiej interpretacyi nie uprawnia. Brzmienie pat. z 22. lutego 1791. §. 4. lit. *m*, z którego przepis ten widocznie jest wzięty, wyraźnie mówi: *Kinder die in einer in rechtmässiger Gesinnung geschlossenen ... Ehe gezeugt worden sind...* To samo wynika z obrad; wicepr. HAAN podniósł wątpliwość: *ob in dem Fall wenn beide Aeltern wussten, dass sie eine ungiltige Ehe eingehen, und das Hinderniss gehoben wird, das vor gehobenem Hindernisse gezeugte Kind dennoch als ehelich angesehen werden... kann*, na co odpowiedziano, że pod warunkami tego §., jeśli *matrimonium putativum* staje się prawnem, wszystkie dzieci równo muszą być traktowane. — Również warunek, jaki niektórzy (ANDERS, STUBENRAUCH) stawiają, aby dziecię w terminie §. 138 u. c. było urodzonem, nie jest uzasadniony w ustawie. Dostatecznem jest bowiem, żeby dziecię za ślubne uchodziło, a uchodzić może za takie także i dziecię przed lub po terminie §. 138 u. c. urodzone, jeśli przy wcześniejszem urodzeniu małżonek nie zaprzeczy ojcowstwa, a przy późniejszem za swoje je uzna, lub drogą sądową do uznania zniewolony zostanie. (§. 156, 157 u. c.). Tego zdania też STUPECKY str. 8.

[5]) Ustawa kładzie nacisk na wyraz *besonders*, który tu należy tłumaczyć przez „wyraźnie". Gdyby więc majątek tylko w ogóle familii był zastrzeżony n. p.: „iż ma przy familii pozostać po wieczne czasy", lub „przypada potomkom męzkim" — dzieci z małżeństwa putatywnego nie są wykluczone. HÜTTNER str. 248.

przy zawarciu małżeństwa w bezwinnej nieświadomości o przeszkodzie[6]).

3) Dzieci, zrodzone po za małżeństwem, uprawnione zostają przez następne poślubienie się rodziców (*legitimatio per subsequens matrimonium*) razem ze swem potomstwem, jeśli dożyły chwili poślubienia się rodziców[7]). Prawa ich jednakże o tyle różnią się od praw dzieci ślubnych, iż dzieci takie nie mogą zaprzeczyć dzieciom ślubnym, spłodzony w małżeństwie, jakie w czasie pośrednim istniało, prawa pierworodztwa i in-

---

[6]) RITTNER str. 280 w uw. 5. przeciwnie jest zdania, że skutkiem zniesienia ustawodawstwa o małżeństwach katolickich przez ustawę z 25. maja 1868 L. 47 dz. u. p. zniesione zostało także rozp. ces. z 3. czerwca 1858 L. 92 dz. u. p. jako z temże małż. prawem w związku będące, a więc §. 160 u. c. obecnie znowu obowiązuje w całem swem pierwotnem brzmieniu. Rozporządzenie to jednakże wydane zostało wprawdzie z okazyi ustawodawstwa o małż. katol., jednak tyczy się właśnie takich osób, do których ustawy o małżeństwach katol. nie miały zastosowania. Zniesienie tych ustaw żadnego wpływu mieć więc nie może na pomienione rozporządzenie. Jeżeli zaś ono obowiązuje, to pod jego brzmienie obecnie także i katolików zaliczyć trzeba, bo i do tych obecnie pat. o małżeństwach katolickich zastosowania nie ma. — Rozp. powołane nie jest zresztą zniesione ust. z 25. maja 1868, gdyż ta ustawa znosi tylko pat. z 8. paźdz. 1856 L. 185. i instrukcyę dla sądów duchowych, natomiast reaktywuje także dla katolików II. rozdział kod. cyw. z wszelkiemi dodatkowemi rozporządzeniami. Tego samego zdania, choć z odmiennych częściowo motywów, STUBENRAUCH do §. 160 w uw. — Z historyi §. 160 u. c. nadmienić wypada, że ograniczenia powyższego w kod. gal. nie było. Wprowadzono je do kod. cyw. dopiero w ciągu 3. odczytu, mimo sprzeciwienia się PRATOBEVERY. Inni bowiem wotanci uważali, że niepodobna dozwolić, aby n. p. dziecię spłodzone przez turka z chrześcijanką nosiło jego nazwisko i zabierało majątek ślubnym dzieciom (OFNER II. str. 512 §. 150).

[7]) W autentycznym tekście użyte są wyrazy *sowie ihre Nachkommenschaft*... Z tem łączy się kwestya sporna, czy potomstwo dziecka legitymowane zostaje także i w tym przypadku, jeśli dziecko samo nie dożyło chwili poślubienia się rodziców? Potwierdzają pytanie to ZEILLER I. str. 357, FUCHS w *Jurist* VI. str. 235, NIPPEL w PRATOB. *Materialien* VI. str. 300, ANDERS str. 210, PFAFF w *Jur. Bl.* 1883.

nych, nabytych już praw (§. 161. u. c.)[8]). W tym więc przypadku legitymacya ma skutek jedynie od chwili zawarcia małżeństwa między ich rodzicami. Rozumie się samo przez się, że legitymacya *per subs. matr.* odnosić się może tylko do dzieci zrodzonych przez żonę, a spłodzonych przez męża — przed zawarciem małżeństwa[9]) i że warunkiem jej jest ważne zawarcie tegoż małżeństwa[10]).

N. 23., KRAINZ §. 452, — zaprzeczają jak w tekście SCHEIDLEIN w *Miscell.* zesz. 2. §. 12., HÜTTNER §. 87, DOLLINER w *Zt. f. oest. R.* 1826 I. str. 126, WINIWARTER I. §. 130. STUBENRAUCH do §. 162. u. c. — Dla mnie rozstrzygającem jest, iż legitymacya dziecka po tegoż śmierci nastąpić nie może — w braku szczególnego przepisu, któryby nadawał zawarciu małżeństwa między rodzicami skutek wsteczny tudzież dla braku osoby, którąby legitymowaną być miała. Dziecię jako nieślubne żyło i umarło, również i potomstwo jego było i pozostało potomstwem dziecka nieślubnego i nielegitymowanego. Tak zresztą wyraźnie stanowił pat. z 22. lutego 1791. Gdyby ustawa tę konsekwencyę chciała była usunąć, byłaby to wyraźnie postanowiła. Nie czyni ustawa też różnicy między dziećmi osób wcale niepoślubionych, a dziećmi w cudzołostwie spłodzonemi. Ob. ZEILLER w *Materialien* VI. str. 347 n. — Przeciwnie orz. w *Ger. Ztg.* z r. 1854 N. 72 str. 299, w którem zawarte jest twierdzenie, iż §. 161 u. c. mówi tylko o dzieciach poza małżeństwem spłodzonych, a zatem nie odnosi się do dzieci w cudzołostwie, a więc podczas małżeństwa urodzonych. O tem ob. F. *Ueb. Legitimation der im Ehebruch erzeugten unehel. Kinder* w *Ger. Z.* 1874 N. 76 i orz. 13447.

[8]) A więc np. do dziedzictwa, które przed zawarciem małżeństwa rodziców spadło na dzieci ślubne jednego z nich po śmierci dziadka lub babki.

[9]) Dziecko, o którem by stwierdzono, że nie pochodzi od późniejszego małżonka, nie zostaje więc uprawnionem. W praktyce dzieje się często, iż małżonek uznaje je za swoje. Por. TILSCH *Einfl. d. Civilpr.* 2 wyd. str. 56. Jeśli ojciec żyje, stwierdzenie ojcowstwa następuje albo drogą procesu, albo przez to, że ojciec pozwala na wpisanie swego nazwiska do metryki (§. 164 u. c.); — jeśli zaś chodzi o legitymacyę dziecka po śmierci małżonka, stwierdzenie takie nastąpić może (tak w przypadku *leg. per subs. matr.* jak i legitymacyi po myśli §. 160 u. c.) tylko drogą postępowania z urzędu po myśli pat. z r. 1854 (art. XVI. ust. wprow. normę jur.). O tem ob. TILSCH l. c. str. 54 n. i STUPECKY str. 10 uw. 32.

[10]) Nie wystarcza w tym celu małżeństwo putatywne, ob. HÜTTNER §. 88. — O sposobie uwidocznienia *legit. p. s. m.*

Gdy we wszystkich poprzednich przypadkach (1, 2, 3) uprawnienie dzieci nieślubnych następuje bez względu na to, czy rodzice go pragną czy nie, uprawnienie nastąpić może

4) na żądanie rodziców przez uzyskanie aktu łaski monarszej (*legitimatio per rescriptum principis*) w tym celu, ażeby dziecię albo zarówno ze ślubnemi mogło mieć udział w przywilejach stanu, albo też uzyskało prawa do wolnodziedzicznego majątku. Legitymacyi takiej może żądać tak ojciec jak i matka[11]) za zezwoleniem dziecka, lub gdyby było małoletniem, także sądu opiekuńczego (§. 162 u. c., §. 263 pat. z r. 1854). Legitymacya ta ma skutek taki, że dziecię zyskuje względem rodzica, który legitymacyi żądał, wszelkie korzyści, jakieby miało, gdyby się było ślubnem urodziło, o ile monarcha je w danym przypadku mu przyzna, — z tą jednak różnicą, że prawa majątkowe odnosić się mogą jedynie do majątku wolno dziedzicznego tego rodzica, który legitymacyi żądał. Nie tworzy zaś legitymacya ta

---

w księgach metrykalnych ob. przepisy podane w GELLERA *Bgl. Ges.* większe wydanie (5.) str. 202 n., MAHL-SCHEDL w *Staatswört.* II. str. 710. Zauważyć należy, że prawa dziecka legitymowanego *p. s. m.*, poczynają się już od chwili zawarcia małżeństwa rodziców, a obojętnem jest, czy i kiedy legitymacya w metryce uwidocznioną została. Orz. 13290. — Wpis do metryki może być jednak drogą procesu kwestyonowany; w takim razie sądy o tem orzekają. Orz. 8738. Do skargi o uznanie legitymacyi *p. s. m.* uprawnione jest dziecko nieślubne czynnie, dzieci ślubne biernie. Orz. z 8. stycznia 1896 *Centralbl.* XIV. N. 292. — O wpisaniu takiej legitymacyi do ksiąg metrykalnych PRINZINGER *Ueb. d. Eintragung der Legitimation durch nachfolg. Ehe* w *Jurist* VII. str. 434 n.

[11]) Mylnie wywodzi większa część autorów z użycia przez ustawę wyrazu „*Eltern*“ w §. 162 u. c., że o legitymacyę *per rescr. princ.* prosić mogą tylko ojciec i matka razem. Gdyby ustawa chciała to przepisać byłaby niewątpliwie użyła wyrazu: *Die Eltern einverständlich.* Nie ma zaś powodu do takiej łączności, skoro legitymacya dokonana na żądanie jednego rodzica na stosunek dziecka do drugiego wcale nie wpływa. §. 753 u. c. wspomina zresztą o przypadku legitymacyi na żądanie samego ojca. O legitymacyi na żądanie samej matki ustawa w §. 753 u. c. wspominać nie potrzebowała, gdyż mowa tam tylko o prawach spadkowych, jakie dziecko w obec matki także i bez legitymacyi posiada. Ob. STUPECKY str. 24.

stosunku rodzinnego ani do drugiego rodzica, który jej nie żądał, ani też do innych członków rodziny ojca lub matki, zaczem dziecię w ten sposób uprawnione nie ma prawa żądać od dziadków utrzymania, posagu, wyprawy, ani też względem krewnych ojca lub matki nie ma żadnych praw dziedziczenia z ustawy lub zachowku[12]). Do spadku ojcowskiego więc ma prawo dziedziczenia tylko wówczas, jeśli zostało uprawnione na żądanie ojca w tym celu, aby w majątku wolno dziedzicznym zażywało równych praw z dziećmi ślubnemi. Legitymacya na żądanie matki odnosić może skutek jedynie pod względem przywilejów stanu matki; — na prawa majątkowe wcale nie wpływa, ponieważ te prawa dziecku nieślubnemu w obec matki służą już także i bez legitymacyi (§. 754, 1220, 1231, 167 u. c.).

Co do rozciągłości praw dziecka, legitymowanego rozporządzeniem monarchy, rozstrzyga zresztą treść reskryptu, gdyż monarcha może te prawa jeszcze bardziej ścieśnić[13]).

---

[12]) Wyrażenie się §. 162 u c., iż legitymacya ta nie ma skutku względem innych członków rodziny, nie całkiem jest dokładne. Faktycznie bowiem dziecko legitymowane ukróca prawa innych dzieci (ślubnych) przez to, że im się mniej dostanie w spadku.

[13]) Rozszerzyć natomiast tych praw poza granice ustawy np. przez nadanie dziecku legitymowanemu praw do spadku po krewnych ojca (wbrew §. 162 u. c. ust. ost.) nie może legitymacya monarchy. Ob. podany przez GRABOWIEŃSKIEGO przypadek praktyczny w „Przegl. pr. i admin.“ 1902 Część prakt. str. 73, w którym chodziło o kwestyę, czy córce legitymowanej *per rescr. princ.* służą prawa dziedziczenia z ustawy po równie legitymowanej siostrze. Najw. Tryb. rozstrzygnął potwierdzająco. Przeciw temu ob. uwagę sprawozdawcy tamże str. 76 n.

§. 476.

O przysposobieniu (adopcyi).

SCHULLER *Die Annahme an Kindesstatt n. d. Grunds. d. b. GB* ... 1836.; SCHEIDLEIN *Abh. über die Annehmung an Kindesstatt nach d. Grunds. d. b. GB.* w *Z. f. ö. R.* 1840.; SÖLLNER *Ansichten über die Adoption* w *Jurist* XV. 1846 str. 379. I. str. 160; ANDERS §. 40; *Grundr.* §. 68.; KRAINZ II. §. 453; GRÜNWALD *Welche Unterschiede bestehen... zw. ehel. erzeugten u. adoptirten Kindern?* w *Z. f. Not.* 1878 N. 15—17; — LANDAU. O przysposobieniu według pr. austr. Prawnik 1894 N. 1, 2 i nast.

Stosunek podobny do tego, jaki istnieje między dzieckiem a tegoż ślubnymi rodzicami (marg. do §. 179 n.) może być wytworzony przez przysposobienie czyli adopcyę (*Annahme an Kindestatt, Adoption* §. 170 u. c.)[1]).

---

[1]) Instytucya adopcyi jest pochodzenia rzymskiego, znalazła jednak wstęp do wszystkich niemal prawodawstw nowszych, a także i do nowego kod. niem. (§. 1741 n.; — por. proj. węgierski §. 221. n.). Jakkolwiek bowiem podnoszono przeciwko niej, że sprzyja bezżenności, że ułatwia chciwość po stronie adoptowanego i wprowadza niejasność w stosunki rodzinne, a nadto jest nieusprawiedliwionem wkroczeniem w stosunki pokrewieństwa, — przeważyły jednak względy na pożytek, jaki przynieść może tym sposobem, że osoby bezdzietne, a majętne i szlachetne, mogą za jej pomocą wyrządzić dobrodziejstwo dzieciom, rozwijając ich zdolności z korzyścią dla społeczeństwa, a stworzyć sobie życie rodzinne, którego natura im odmówiła — Różnice między *adoptio* a *arrogatio* pr. rz., uzasadnione w charakterze rzymskiej *patria potestas*, tudzież między *ad. plena* i *minus plena*, zatarły się już w pr. posp. — w nowszych prawodawstwach znikły zupełnie — w szczególności nie czyni tych różnic pr. austr. — Charakter tej instytucyi zmienił się też od czasów rzymskich przez to, że gdy w pr. rz. była ona głównie środkiem wytworzenia t. zw. *patria potestas* obecnie zaś jest środkiem utworzenia stosunku dziecka ślubnego do rodziców. — Podczas obrad nad kod. cyw. aust. wicepr. HAAN wyraził zdanie, że należałoby całą tę instytucyę z pr. cywilnego usunąć, „nie ma ona sensu“ (*eine wiedersinnige Handlung*), polega na fikcyi (że ludzie, którzy dzieci nie mają, przecież dzieci mają) — a nikomu szcze-

Stosunek ten powstaje na mocy umowy, którą jedna strona, przysposobiciel (adoptujący), oświadcza, iż drugą stronę, przysposobionego (adoptowanego), jako swoje dziecko przyjmuje, tenże ostatni zaś to oświadczenie ważnie przyjmuje [2]).

Do ważności tej umowy potrzeba, oprócz ogólnych warunków ważności oświadczeń woli po obydwóch stronach, nadto

1.) po stronie adoptującego:

a) ażeby miał co najmniej lat pięćdziesiąt skończonych i z reguły, ażeby był własnowolnym [3]). Ogłoszony za marnotrawcę może jednak, za zezwoleniem swego zastępcy prawnego ewent. sądu kuratelarnego, adoptować [4]) (anal. z §. 49 u. c.).

b) Ażeby nie miał własnych dzieci ślubnych w czasie adopcyi [5]); możność urodzenia się dzieci ślubnych w przy-

---

gólnej korzyści nie przynosi, bo to, co przez nią ma być osiągnięte, także i bez niej osiągnąć można (OFNER I. str 170).

[2]) Jestto więc umowa między adoptującym, a adoptowanym, (tak już SCHEIDLEIN *Abh. üb. d. Annehmung an Kindesstatt nach oest. bgl. Gb.* w *Zt. f. oest. Rg.* 1840 I. str. 161 n. i ANDERS *Fam. R.* str. 225), nie zaś, jak ANDERS *Grundr.* str. 59 twierdzi, między adoptującym, a ojcem adoptować się mającego. — Twierdzenie SCHULLERA str. 24, iż adopcya nastąpić może także na podstawie rozporządzenia ostatniej woli (!) nie ma żadnej podstawy w ustawie. Ob. SCHINDLER w rec. tego dzieła *Z. f. ö. R.* 1838 III. str. 249.

[3]) Zastępstwo adoptującego przez kuratora osób szalonych, obłąkanych lub głupowatych, z natury rzeczy jest niedopuszczalne. (Anal z §. 48 u c.).

[4]) Gdy marnotrawcy za pozwoleniem zastępcy prawnego ewent. i sądu mogą zawierać małżeństwo, a więc dysponować swemi prawami osobowemi, przeto (*arg. a majore ad minus*) analogiczne zastosowanie §. 49 u. c. jest tu usprawiedliwione. STUBENRAUCH ad §. 179 u. c. w uw. rozstrzyga tak samo, odwołując się na §. 865 u. c., który jednak o prawach obligacyjnych traktuje, więc tu zastosować się nie da.

[5]) Ten wymóg uzasadniony jest tem, że stosunek adopcyjny powinien tworzyć się tylko tam, gdzie nie ma naturalnego stosunku rodzicielskiego ani nadziei, ażeby powstał. — Adopcya ma być bowiem środkiem pomocniczym wytworzenia stosunku rodzicielskiego, tam gdzie naturalny nie istnieje. Nie

szłości nie jest jednak przeszkodą adopcyi (d. n. z 21. kwietnia 1820 L. 1659 zb. u. s.)[6]) równie jak okoliczność, iż adoptujący miał dzieci niegdyś, które zmarły [7]), natomiast byłoby przeszkodą, gdyby dziecię ślubne w czasie adopcyi już było poczęte (§. 22. u. c.) [8]) niemniej gdyby istniały własne dzieci legitymowane [9]).

c) Ażeby nie był złożył uroczystych ślubów bezżenności [10]).

---

zachodzi też potrzeba adopcyi tam, gdzie są dzieci własne, do czego dodać należy i ten wzgląd, że przez przyjęcie obcych dzieci powstawałyby często nieporozumienia, a nawet pokrzywdzenie własnych dzieci (*Mot. I. Lesung.* IV. str. 958). — W ciągu 2. odcz. kod. niem. wniosek, aby istnienie własnych ślubnych dzieci nie było przeszkodą adopcyi — odrzucono. (*Prot.* 2. *Lesung* IV. str. 719 n.).

[6]) Nie idzie więc ustawa tak daleko, iżby dopuszczała adopcyi tylko w razie stwierdzonej niemożności stosunku naturalnego. Istnienie dzieci nieślubnych nie przeszkadza adopcyi i tak samo dzieci adoptowanych (*eigene ehel. Kinder*). Przeciwnego zdania SCHULLER str. 28; ob. jednak NIPPEL II. str. 274, który słusznie zauważa, że adoptowani tak samo nie mogą się czuć pokrzywdzonymi w razie dalszych adopcyi, jak dzieci własne tem, iż dalsze się urodzą. — Wyraźnie pozwala adoptować więcej osób kod. niem. §. 1743. *Mot. I. Les.* str. 959.

[7]) Chociażby po nich istniało potomstwo. Nie ma bowiem podstawy w ustawie zdanie KRAINZA §. 453 przy uw. 2. (za SCHULLEREM str. 30), jakoby wyraz *eheliche Kinder* w §. 179 u. c. miał się odnosić także do wnuków, prawnuków itd. (w znacz. §. 42 u. c.). ZEILLER W PRATOB. *Mat.* VI. str. 327 n., uważa za całkiem naturalne, że dziadek adoptować może swego wnuka. Podobnie WINIWARTER I. §. 196.

[8]) Gdyż *nasciturus* uważany bywa jako urodzony, o ile chodzi o jego prawa, a więc o obowiązki rodziców względem niego (§. 22. u. c. – STUBENRAUCH do §. 179 u. c. — KRAINZ §. 453 przy uw. 1). Kod. niem. w istnieniu *nascituri* nie upatruje przeszkody, ob. *Mot.* IV. str. 958.

[9]) *Verb. „eigene eheliche“* (§. 179 u. c.), a więc dzieci własne, które mają być poczytane za ślubne.

[10]) Powszechnem jest zdanie, że przez uroczysty ślub bezżenności należy rozumieć — podług zasad kanonicznych — taki *quod solennisatum fuerit per susceptionem sacri ordinis aut per professionem expressam vel tacitam factam alicui de religionibus per sedem apostolicam approbatis* (*Cap. unicum de*

2) po stronie adoptowanego

a) ażeby był co najmniej o lat ośmnaście młodszy od adoptującego (§. 179—181 u. c.)[11]);

b) ażeby nie był nieślubnem dzieckiem adoptującego (d. n. z 28. grudnia 1816 L. 1206 zb. u. s.)[12]).

3.) Pod względem aktu samego ustawa wymaga do ważności jego:

a) pisemnego lub sądowego zeznania jego (§. 257 pat. z r. 1854), dalej

b) jeśli ojciec ślubny adoptowanego żyje — pozwolenia jego na adopcyę, bez względu na to, czy adoptować się mający jest własnowolny czy nie;

c) w razie gdyby adoptować się mający był małoletnim a ojca ślubnego nie miał, zezwolenia matki i opiekuna tudzież sądu opiekuńczego (§. 181 u. c.)[13]).

---

voto et voti redempt. in VI, III. 15), ob. szczeg. DOLLINER *Eher.* I. str. 189, RITTNER *Eher.* str. 100 tudzież wyżej §. 416. — Wedle tego tylko zakonnicy, nie zaś księża świeccy byliby niezdolni do przysposobień. HAIMBERGER *Kurze kirchenr. Bemerk. zu den* §. *573 u. 179 b. GB.* w *Zt. f. oest Rg.* 1838 II. str. 58.

[11]) Adopcya ma być bowiem jak w pr. rz. *imitatio naturae.* — O tę różnicę wieku sprzeczano się podczas obrad. ZEILLER uważał ją jako niepotrzebną, a nawet szkodliwą. Zatrzymano ją jednak ze względu na fikcyę, że adoptowany przez adoptującego był spłodzony (OFNER I. str. 166). Przy drugim odczycie prezes motywował wymaganie wieku 18 lat tem, że takiego wieku wymagano do małżeństwa (OFNER II. str. 357 §. 144). Tak też było w ówczesnem stadyum prac kodyfikacyjnych (OFN. II. str. 340 §. 43).

[12]) Byłoby to bowiem obejście przepisów o legitymacyi dzieci nieślubnych.

[13]) §. 159 kod. gal. wymagał pozwolenia obojga „rodziców naturalnych". — Sr. austr. Tryb. apel. podniósł wątpliwość, czy potrzeba pozwolenia także ojca nieślubnego. Na to ZEILLER zaproponował stylizacyę, wedle której pozwolenie ojca ślubnego (ewent. matki, opiekuna i sądu) potrzebnem było tylko w razie małoletności adoptować się mającego. Na wniosek HAANA dodano jednak, że nawet i po osiągniętej pełnoletności potrzeba zezwolenia rodziców, ze względu na to, że adopcya przez osobę obcą nie jest rzeczą dla nich obojętną, bo zrywa związek naturalny dziecka, choćby już pełnoletniego z rodzicami (OFN. I. str. 166

Gdyby pozwolenia na adopcyę bez uzasadnionych przyczyn odmówiono, wolno zwrócić się z zażaleniem do sądu właściwego, w którym to razie orzeczenie sądu zastąpić może wymagane jak wyżej pozwolenie[14]).

d) Dokonany w ten sposób akt winien być potwierdzony przez trybunał pierwszej instancyi (§. 181. u. c. i §. 258 i 259 pat. z r. 1854).[15]). Gdyby adoptujący przed ostatecznem zatwierdzeniem aktu adopcyi zmarł, zatwierdzenie takie już nastąpić nie może (d. n. z 28. czerwca 1837 L. 209 zb. u. s.).

Stąd wynika, że skutki adopcyi rozpoczynają się dopiero od chwili, gdy akt przez ostateczne zatwierdzenie jego stanie się zupełnym.

Dokonane zatwierdzenie aktu adopcyi wpisane być winno do protokołu sądowego, a dokument przechowany w sądzie (§. 262 pat. z 1854 r.). Skoro zatwierdzenie nastąpiło, a tem samem akt stał się już zupełnym za życia adoptującego, wpis do protokołu może nastąpić także i po jego śmierci (d. n. z 28. czerwca 1837 L. 209 zb. u. s.), ma on bowiem znaczenie tylko zarejestrowania dokonanej adopcyi, nie jest zaś istotnym wymogiem aktu.

Adopcya może nastąpić przez oboje małżonków, w którym to razie w osobach obojgu muszą zajść warunki ważności wyżej przytoczone[16]); może jednak adoptować także i jedno z małżonków (d. n. z 21. kwietnia 1820 L. 1659 zb. u. s.) nawet i bez przyzwolenia drugiego małżonka (§. 755 u. c.). Natomiast niedopuszczalną jest adopcya równoczesna

---

§. 159). Później dopiero zmieniono „pozwolenie rodziców“ na pozwolenie ojca ślubnego (OFNER l. c. uw. 2), a przy trzecim odczycie dodano wyrazy: „o ile tenże jeszcze żyje“ (OFNER II. str. 513 §. 171).

[14]) Dodano ten przepis w ciągu drugiego odczytu, powoływając się na analogiczny przepis prawa małżeńskiego (§. 52 u. c., OFNER II. str. 357 §. 145.

[15]) W §. 181 u. c. było wymagane pozwolenie władzy krajowej. Obecnie wymaganem jest to tylko w razie, jeśli szlachectwo ma być przeniesione na adoptowanego. Ob. niżej w tekście.

[16]) Orz. 10002.

przez dwie osoby nie będące małżonkami, ponieważ ustawa takiej adopcyi nie przewiduje [17]).

II. Istotnym skutkiem dokonanej prawidłowo adopcyi jest ten, iż przysposobiony otrzymuje nazwisko ojca adopcyjnego, a gdyby tylko przez kobietę był adoptowany, jej nazwisko rodowe; obok tego zatrzymuje nazwisko swoje, a gdyby był stanu szlacheckiego, także i swoje rodowe szlachectwo. Przejście nazwiska przysposobiciela i zatrzymanie obok niego własnego rodowego nazwiska nie może być uchylone umową (§. 184 u. c.) [18]). Inne skutki w ustawie przewidziane, o ile w ogóle są w granicach dyspozycyi stron działających, mogą być inaczej unormowane. W szczególności: adoptowany nabywa względem adoptującego lub adoptujących, prawa, jakie służą dziecku ślubnemu względem rodziców, o ile te prawa nie są zastrzeżone wyłącznie tylko dzieciom ślubnym z urodzenia, — nie traci zaś praw, jakie ma względem swej rodziny (§. 183, 755 u. c.). Jeśli adoptującym jest mężczyzna, obejmuje on władzę ojcowską, a tem samem władza ojca rodzonego spoczywa (§. 185 u. c.), gdyby zaś adoptowany był pod opieką lub kuratelą, opiekun lub kurator powinien być odwołany. Jeśli adoptującą jest kobieta, nabywa ona w ogólności prawa matki ślubnej.

---

[17]) Wyraźnie zabrania taką adopcyę §. 1749 niem. kod. cyw. Ob. *Mot.* IV. str. 962. Kwestya mogłaby stać się trudną do rozstrzygnięcia w razie, gdyby małżeństwo adoptujących zostało uznane za nieważne. Czy i o ile wówczas adopcya byłaby nieważną? Zd. m. stosunki między adoptującym a adoptowanym w takim przypadku musiałyby być uregulowane podług analogii dzieci ślubnych z małżeństwa pozornego (*Putativehe*) pochodzących, ponieważ dzieci adoptowane te same prawa mają, jak ślubne (§. 183 u. c.).

[18]) Por. orz. 4206. — Nazwiska te adoptowany winien nosić w tym porządku, iżby pierwszem było nazwisko własne. Orz. 16003. — GRÜNWALD l. c każe adoptowanemu przez małżonków nosić aż trzy nazwiska, także bo rodowe matki adopt.

[19]) W kod. gal. I. §. 157 było postanowionem, że prawa i obowiązki, z kontraktu adopcyi wynikające, określone zostają zasadami o kontraktach w ogólności. Słusznie ZEILLER zauważył, że jeśli ten kontrakt nie ma mieć żadnych skutków istotnych, nie pojmowałby, jakby można interes ten nazwać adop-

Natomiast nie nabywa adoptowany żadnych praw względem członków rodziny (§. 183, 755 u. c.), a więc nie ma prawa żądać od nich wychowania, utrzymania, posagu, wyprawy itd.[20]), ani też praw do owego majątku, który postanowieniami rodzinnemi dla dzieci pochodzenia ślubnego jest zastrzeżony, to ostatnie, ponieważ prawa spadkowe jego z ustawy odnosić się mogą tylko do majątku wolno dziedzicznego (§. 755 u. c.).

---

cyą i czem różniłaby się taka umowa od umowy o przyjęcie na wychowanie (§. 186 u. c.), albo od innych obcym dzieciom świadczonych dobrodziejstw. Ponieważ zdaniem jego nie można pozostawić wszystkiego dowolności stron, należy koniecznie oznaczyć jakiś skutek jako istotny, *essentiale,* a inne skutki podać na przypadek, gdyby strony inaczej nie postanowiły. Zaproponował więc, aby jako taki istotny skutek oznaczyć ten, iżby adoptowany otrzymał nazwisko adoptującego. Następnie wyliczył inne skutki i dodał, że co do tych innych skutków odmienne postanowienia w umowie mogą być powzięte. Tak też się zgodzono i po dłuższej dyskusyi o przejściu szlachectwa, zatwierdzeniu itp. uchwalono co do istoty treść §. 182—184 u. c. — Przyznać należy, że w obec tego, iż wszelkie skutki z wyjątkiem przejścia nazwiska, uznano za nieistotne, adopcya prawa austr. utraciła właściwie charakter ściśle określonego stosunku prawnego i wicepr. HAAN miał słuszność mówiąc, że należałoby właściwie całą tę instytucyę z pr. cywilnego usunąć, albo wszystko pozostawić dowolności działających. Do tego zdania przystąpił też SONNENFELS (OFN. I str. 167—170). Przejście nazwiska, jeżeli nie jest zewnętrzną oznaką przejścia do pewnej rodziny, — a tem być nie potrzebuje, bo wszelkie inne w ustawie przewidziane skutki adopcyi mogą być uchylone, — zbyt drobnym jest skutkiem, iżby dla niego samego tworzyć wypadało instytucyę adopcyi, tem bardziej, że kto niezadowolony jest ze swego nazwiska, może zmianę jego inną, prostszą drogą uzyskać. Tak dochodzimy do tego, że kontrakt o adopcyę w zasadzie może być całkiem bez treści i skutków familijnych, jeśli interesowani rzeczywiście pójdą za zezwoleniem ustawy i wszelkie inne skutki uchylą.

[20]) Wyrażenie się ustawy (§. 183 u. c.), że adopcya nie ma wpływu na innych członków rodziny, nie jest ścisłem. Faktyczny wpływ ma ona o tyle, że ewentualnie wyłącza ich od prawa spadkowego z ustawy lub zmniejsza część im przypadającą. Na to SONNENFELS zwracał uwagę, zaś ZEILLER odparł, że obecnie nie ma mowy o prawach spadkowych, a więc

Adoptujący nie ma prawa dziedziczenia ustawniczego po adoptowanym, ani prawa do zachowku (§. 756 u. c., o tem bliżej w nauce pr. spadk.). Nie nadaje też adopcya prawa do obywatelstwa przysposobiciela (d. k. n. z 5. listopada 1814. L. 1103 zb. u. s. i §. 28. u. c), ani prawa przynależności do gminy (ust. o swojszczyźnie z 3. grudnia 1863 L. 105 dz. u. p.), — uzasadnia zaś przynależność osobistego sądu ojca adopcyjnego (§. 71. normy jur.).

Gdyby szło o przeniesienie szlachectwa i herbu, może ono nastąpić dopiero na podstawie zupełnego, a więc zatwierdzonego już aktu adopcyi. W tym celu zatwierdzony akt powinien być udzielony namiestnictwu, a następnie z opinią tegoż przedłożony ministrowi sprawiedliwości, który, po porozumieniu się z ministrem spraw wewnętrznych, uzyska decyzyę monarchy (§. 261. pat. z r. 1854).

III. Stosunek, zawiązany umową adopcyjną, może być za zgodą stron, a więc umową, rozwiązany. Rozumie się, że jeśli adoptowany jest niewłasnowolnym, rozwiązanie umowy adopcyjnej nastąpić może tylko za spółdziałaniem zastępców prawnych — i sądu (§. 185 u. c.). Jeśli adoptujący objął władzę ojcowską nad adoptowanym, tegoż ostatniego zastąpić musi kurator, ustanowiony *ad actum* (§. 271 u. c.). Ojciec rodzony nie ma prawa zastępować przy tem małoletniego, — jak długo bowiem ojciec adopcyjny ma władzę ojcowską, ojciec rodzony jej nie ma, a tem samem nie ma i prawa zastępstwa. Jeśli adoptujący nie objął władzy ojcowskiej, — co podług §. 184 u. c. jest możebnem, — albo jeśli adoptującą jest kobieta, — niewłasnowolnego zastępuje przy rozwiązaniu stosunku adopcyjnego ojciec rodzony, lub — gdyby nie żył, albo prawa zastępstwa nie miał — opiekun albo kurator. Pozwolenia matki rodzonej, jeśli nie jest opiekunką, ustawa nie wymaga. — Przeciw nieuzasadnionemu odmówieniu pozwolenia na rozwiązanie wolno zwrócić się do sądu z zażaleniem (anal. z §. 181 u. c.). Nigdzie też nie jest

na później zastrzega sobie wnioski odpowiednie. O tem jednak przy obradach nad §. 755 u. c. widocznie zapomniał (OFNER I. str. 461), a więc uwaga SONNENFELSA dotąd nie przestała być trafną.

przepisanem, aby na rozwiązanie stosunku adopcyjnego zgodzić się musieli także i potomkowie adoptowanego [21]).

Po rozwiązaniu stosunku adopcyjnego następuje stan, jaki istniał poprzednio, w szczególności wraca adoptowany, jeśli jeszcze jest małoletnim, napowrót pod władzę swego ojca rodzonego (§. 185 u. c.) [22]).

Skoro adopcya uwidocznioną zostaje w aktach sądowych, rozumie się samo przez się, że i rozwiązanie tego stosunku tamże powinno być uwidocznione [23]).

---

[21]) STUBENRAUCH ad §. 185, ob. także KLEINWÄCHTER *Bem. zur Lehre v. d. Adoption* w *Zt. f. oest. Rechtsgel.* 1838 I. str. 226 przeciw SCHULLEROWI §. 40.

[22]) Orz. 16004 objawia zdanie, że gdyby ojciec adopcyjny zmarł, skutki adopcyi mimo to nie przestają istnieć, a więc małoletni nie powraca pod władzę rodzonego ojca, lecz winien mu być ustanowiony opiekun. *De lege ferenda* zdanie to zasługiwałoby na uwzględnienie. *De lege lata* sprzeciwia się ono tak §. 185 u. c. (*Erlöschung* [nie zaś *Auflösung*] *des Rechtsverhältnisses zwischen dem Wahlvater u. d. Wahlkinde*) jak i §. 187 u. c.), wedle którego opiekun może być ustanowiony tylko dla takich osób, *denen die Sorge eines Vaters nicht zu Statten kommt*, czego o małoletnim, który ma ojca, powiedzieć nie można. Por. ANDERS str. 229.

[23]) Przepisy kod. austr. o adopcyi nie są bynajmniej dokładne i dają pole wątpliwościom rozmaitego rodzaju. I tak np. jeśli kobieta adoptuje dziecko, zostające pod władzą ojca rodzonego, czy władza ta zostaje nadal, czy też ma być ustanowiony opiekun lub spółopiekun? Jaką władzę ma wówczas kobieta adoptująca? Jeśli adoptują małżonkowie, a następnie ojciec zmiera, ile z władzy rodzicielskiej zostaje przy matce? W razie jeśli adoptuje tylko kobieta zamężna, nabywa prawa matki; kto zaś wykonywać ma prawa ojca? Jeśli ojciec rodzony, to powstaje stąd dziwna sytuacya, że kobieta zamężna ma wykonywać prawa rodzicielskie spólnie z obcym mężczyzną, a z pominięciem męża swego itp. — Także i omówiony w uw. 22 przypadek należy do takich wątpliwych, a to z powodu, że ustawa mówi o zgaśnięciu (*Erlöschung*) nie zaś o rozwiązaniu (*Auflösung*). — Skoro ojciec adopcyjny zmiera, można mówić o zgaśnięciu jego władzy ojcowskiej, nie zaś o zgaśnięciu stosunku adopcyjnego, którego skutki nadal istnieją.

§. 477.

Przyjęcie na wychowanie.

SCHEIDLEIN *Abhandlung über die Uebernahme in Pflege*, w *Z. f. oest. R.* 1840 II. str. 51. n.; ZUGSCHWERDT *Civilrechtsfall* w *Jurist* VI. str. 185, VIII. str. 250; ANDERS §. 50, 2; *Grundr.* §. 69; KRAINZ §. 153.

Od stosunku, wytworzonego umową o przysposobienie, różni się istotnie stosunek, wynikający stąd, iż ktoś cudze dziecię bierze tylko na wychowanie. Jakkolwiek ust. cyw. zalicza stosunek taki do „podobnych do stosunku rodzicielskiego“ (*marg.* §. 179 u. c.), podobieństwo to jest jedynie zewnętrzne. Dziecię, wzięte na wychowanie (wychowaniec, wychowanica) nie otrzymuje bowiem ani nazwiska swego wychowawcy, ani nie wchodzi pod jego władzę rodzicielską, ani też żadnych względem niego lub jego rodziny nie nabywa praw, ani zaciąga obowiązków; — władza rodziców naturalnych nie doznaje żadnej zmiany, a w braku ojca dziecię takie pozostaje pod władzą opiekuna. Stosunek, wytwarzający się przez wzięcie na wychowanie, może być z reguły tak z jednej jak i z drugiej strony każdego czasu rozwiązanym, gdyż ani wychowawcy ani wychowańcowi lub jego rodzicom albo opiekunom nie urastają z niego żadne prawa do utrzymania jego ciągłości [1]). Gdyby jednak przy zawiązaniu takiego stosunku dziecię małoletnie miało przyjmować na siebie jakie obowiązki, lub też prawa jego miały być uszczuplone n. p. gdyby się miało zobowiązywać do usług na pewien czas, lub zrzekać praw do swych rodziców, umowa taka wymagałaby zatwierdzenia przez sąd opiekuńczy, a to — *lege non distin-*

---

[1]) Mylnie SCHEIDLEIN *Abh. über d. Uebern. in Pflege* w *Zt. f. oest. Rg.* 1840 II. str. 52 twierdzi, że nie zostaje tu zawartą żadna umowa. Do wzięcia w wychowanie potrzeba oświadczonej zgody dwu stron, zatem umowa istnieje — lecz żadna strona nie ma prawa żądania kontynuacyi stosunku umową wytworzonego.

guente — bez względu na to, czy ojciec żyje, czy też dziecię zostaje pod opieką (§. 186 u. c.) [2]).

Przyjmujący na wychowanie nie potrzebuje też mieć przymiotów dla rodziców adopcyjnych wymaganych (§. 179, 180 u. c.). — Każdemu bowiem wolno przyjąć dziecię na wychowanie. Podstawą stosunku tego nie jest umowa między przyjmującym na wychowanie a wychowańcem, lecz między przyjmującym a tym, kto ma obowiązek starać się o wychowanie dziecka, a tylko gdyby na dziecię miał spaść jakiś obowiązek lub gdyby miało zrzec się jakich praw, tenże ostatni działa imieniem dziecięcia i w tym razie nastąpić winno zatwierdzenie sądu.

Istotnem znamieniem umowy o przyjęcie na wychowanie jest też, iżby świadczenie wychowawcy nie było zależnem od jakiegoś wzajemnego świadczenia. Gdyby bowiem umówiono się o wynagrodzenie, byłby to kontrakt o najem usług (§. 1151 u. c.) i wiązałby strony podług zasad dla tegoż ostatniego kontraktu przepisanych [3]). Z reguły nie ma też wychowawca prawa żądania zwrotu kosztów (§.186 u. c.) [4]), jeśli tego wyraźnie nie umówiono. Dodać należy, że przyjęcie na wy-

---

[2]) Na pierwszy rzut oka może to się wydawać dziwnem, skoro nawet umowa adopcyjna — jeśli ojciec rodzony pozwala na adopcyę, nie wymaga zatwierdzenia sądowego. Ma to jednak dobrą racyę w tem, że umowa adopcyjna uszczupla jedynie prawa ojca, nie zaś dziecka, które swe prawa do rodzonego ojca zatrzymuje, a nowe obowiązki dziecka względem rodziców adopcyjnych wchodzą jedynie w miejsce dawnych, które istniały względem rodzonych (SCHEIDLEIN l. c. str. 54).

[3]) Taką jest umowa, którą zawierają zakłady podrzutków, oddając dzieci na wychowanie. Odnośne normy administracyjne ob. cyt. u STUBENRAUCHA 8 wyd. I. str. 273 uw. 1.

[4]) Ustawa to wyraźnie zastrzega, ponieważ obowiązek prawny łożenia takich kosztów mają rodzice, a wychowawcy takiego obowiązku prawnego na siebie nie przyjmują, lecz dobrowolnie je łożą, koszta te więc jako rodzaj darowizny się przedstawiają, której zwrot żądany być nie może. Czy do takiego kontr. zastosować należałoby inne przepisy o darowiźnie jak np. formę aktu not., obowiązek obdarzonego dziecka do utrzymywania wychowawcy skoro w ubóstwo popadnie, możność odwołania w razie niewdzięczności itd., ustawa nie

chowanie nie nadaje ani obywatelstwa (§. 28 u. c.) ani też prawa przynależności do gminy (ust. z 3. grudnia 1863 L. 105 dz. u. p. §. 6)[5]).

---

rozstrzyga. Częściowo rozstrzyga je twierdząco SCHEIDLEIN l. c. str. 53, 56 n.

[5]) O umowie o wychowanie w §. 162 kod. gal. tylko tyle było powiedzianem, że prawa i obowiązki kontraktu o adopcyę do niej zastosowania nie mają, że na wychowanie przyjmować wolno każdemu, a strony mają się zachować podług zawartej umowy, jeśli ona nie zostaje w sprzeczności z ustawą. — ZEILLER przy pierwszym odczycie proponował zamiast tego aż trzy §-fy, wedle których przyjmujący na wychowanie z reguły mieli mieć prawa i obowiązki rodziców ślubnych, tudzież prawo żądania usług od dziecka lub też zwrotu kosztów, że wprawdzie mogli dziecko takie od siebie oddalić, lecz musieli sądowi o tem donieść itd. — Przeciw tym wnioskom wystąpił SONNENFELS uważając za niewłaściwe w ogóle normowanie tego stosunku. *Die ganze Sache sei ein Liebeswerk, welches der freien Willkühr derjenigen, die sich eines verlassenen Kindes annehmen, überlassen werden müsste. Alles was einem solchen Kinde erwiesen werde, sei Wohlthat.* — a gdyby ustawa normować chciała jakieś prawa i obowiązki, *würde Jedermann Anstand nehmen sich solcher Kinder anzunehmen.* To przemówiło do przekonania większości i ZEILLERA wnioski upadły, a uchwalono jedynie, że taką umowę ma sąd zatwierdzić (OFN. I. str. 170 n.), — co później (OFNER II. str. 513. §. 176) ograniczono tylko do przypadków, w których prawa dziecka byłyby ograniczone.

CZĘŚĆ TRZECIA.

O opiece i kurateli.

ROZDZIAŁ I.

O opiece w ogólności i opiece nad małoletnimi.

§. 478.

W ogólności.

M. SCHUSTER *Ueb. d. Begriff d. Vormundschaft u. Curatel* w *Z. f. oest. R.* 1828 I. str. 135; NIPPEL *Darstellung der Rechte und Pflichten der Vormünder, Kuratoren* . . . 1825; EBNER *Prakt. Ansichten über d. Vormundschaftswesen* w *Z. f. oest. R.* 1844 I. str. 1 n.; ANDERS *Familienr.* str. 233—310; *Grundr.* str. 61; CHORINSKY *Das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs* 1878; RUBER *Das Vormundschaftsrecht nach d. Cod. Ther. u. seinen Bearbeitungen* w *Z. f. Not.* 1886 N. 32—41; TAŁASIEWICZ O postępowaniu w spr. niespornych w zastosowaniu dla Galicyi, wyd. 3. 1899 str. 369—431.

I. Osoby, które czy to z powodu młodego wieku czyli też z innych powodów interesów swoich same należycie przestrzegać nie są w możności, a opieki ojca są pozbawione, ustawa bierze pod szczególną opiekę swą tym sposobem, iż ustanawiać dla nich poleca opiekuna albo kuratora (§. 187 u. c.) [1]).

---

[1]) W najdawniejszem prawie rzymskiem opieka była przy rodzinie. Jak długo obywatel rzymski był pod władzą *patris familias*, opieki tej nie potrzebował, — gdy zaś stał się *sui*

Różnicę między opiekunem a kuratorem ustawa określa w ten sposób, że opiekun ma szczególnie starać się o osobę małoletniego, a zarazem zarządzać jego majątkiem, kurator zaś ustanowiony zostaje w tym celu, ażeby starał się o sprawy tych, którzy nie dla małoletności, lecz z innych powodów nie są zdolni sami mieć o nie staranie (§. 188 u. c.). Z dalszych wszakże postanowień wynika, że różnica ta w ten sposób nie całkiem ściśle jest określoną. Z jednej strony bowiem w niektórych przypadkach istnieje opieka nie „dla małoletności“, lecz „dla wad cielesnych lub umysłowych osoby pieczy poruczonej“ (w przypadkach, w których poza granice 24 lat skończonych przedłużoną zostaje — §. 251 u. c.), — z drugiej strony ustawa przewiduje przypadki, że i dla małoletnich ustanowiony być musi — nie opiekun — lecz kurator (§. 271, 272 u. c.). Jeżeli zaś ustawa kładzie nacisk na to, że opiekun starać się ma szczególnie o osobę, a kurator o majątek, to i to nie całkiem jest ścisłem, gdyż kurator umysłowo chorego niewątpliwie zarówno o osobę jego jak i o zarząd majątku starać się winien. Właściwa owszem myśl ustawy tkwi w tem, że opieka ma przeznaczenie kontynuować, a względnie zastąpić władzę ojcowską, jest więc instytucyą obejmującą w zasadzie wszel-

---

juris, opieka rodzinna nad nim nie tyle przedstawiała się jako obowiązek, lecz jako prawo rodziny, która interesowaną była w utrzymaniu majątku. Później dopiero wstąpił w poczuciu narodu interes pupila na pierwsze miejsce, a wówczas opieka uznaną została jako obowiązek publiczny (*munus publicum*), wykonywały ją magistratury za udziałem kognatów i afinów. — O rzymskiej opiece ob. RUDORFF *D. Recht d. Vormundschaft*, 1832—1834 i HEIMBACH w *Rechtslex.* XIII. — *s. v. Vormundschaft.* — W niemieckich krajach pierwotnie opieka również była wyłącznie w ręku rodziny; król wykonywał ją tylko nad osobami, które nie miały rodziny. Z rozszerzeniem i wzmocnieniem się władzy królewskiej opieka królewska wkraczała nietylko tam, gdzie brakło rodziny, lecz zwolna ją usuwała. W ten sposób powstała t. zw. opieka zwierzchnicza (*Obervormundschaft*, ob. poniżej uw. 6). O opiece niemieckiej ob. KRAUT *Die Vormundschaft* I. §. 8—10. i HEIMBACH l. c. str. 359, który się głównie na poprzedniem dziele opiera. Nowsze ustawodawstwa poszły przeważnie za prawem niemieckiem, oddając najwyższy nadzór nad sprawami opieki w ręce państwa.

kie tak osobowe jak i majątkowe stosunki osoby pieczy poruczonej, gdy przeciwnie kuratela w zasadzie ustanowioną bywa dla pewnych, lub dla pewnego kompleksu spraw, w których osoba, pieczy wymagająca, opieki tak ojcowskiej jak i opiekuńczej jest pozbawioną (§. 269 u. c. i nast.). Wewnętrzna różnica między opieką ojca i opiekuna z jednej, a kuratelą z drugiej strony polega zaś na tem, że pierwsza ustanowioną jest nietylko w interesie samego małoletniego, którego jako niezdolnego do działania zastępować i chronić musi, lecz także w interesie ogółu, któremu w małoletnim przybyć ma pożyteczny członek społeczeństwa, że więc ma zadanie także edukacyjne, — kuratela zaś ma przeznaczenie służyć wyłącznie tylko interesom i ochronie jednostek. (Ob. wyżej §. 465 i uw. 1) [2]).

---

[2]) Ta sama myśl tkwi choć niewyraźnie już w cyt. rozpr. SCHUSTERA; por. także ZEILLER *Com.* I. str. 410, który różnicę między opieką a kuratelą upatruje w tem, że opiekun obok spraw majątkowych zająć się musi wychowaniem małoletniego pupila, czego kurator nie potrzebuje. Autorowie ci jednakże nie podnosili strony dobra publicznego w wychowaniu małoletnich. Lecz i wychowanie nie zawsze stanowi różnicę. Opieka nad pełnoletnim, nad którym władzę opiekuńczą przedłużono z powodu słabości umysłu, nie różni się w niczem od kurateli nad umysłowo chorym. Ani tu ani tam nie chodzi o „wychowanie“. Kuratela z powodu marnotrawstwa nad młodzieńcem, choć pełnoletnim, który jeszcze edukacyi nie ukończył, równie wymaga starania o wychowanie. W szczególny sposób ZEILLER l. c. uw. rozróżnia opiekę nad małoletnim od kurateli nad umysłowo chorym. Oto twierdzi, że wprawdzie nad umysłowo chorymi istnieje także nadzór nad osobą, lecz wykonywanie jego nie jest rzeczą kuratora, lecz lekarzy i dozorców!... Różnica między opiekunem a kuratorem, tak jak znalazła wyraz w ust. cyw., jest czysto tradycyjną, przedmiotowo zaś sformułować się da w ten sposób, że ustawa jako regularny przypadek zupełnej pieczy nad osobą i majątkiem uważa tylko opiekę nad małoletnimi, ażeby im zastąpić brak opieki ojcowskiej, wszelkie inne zaś przypadki opieki uważa jako nadzwyczajne, nie mające z góry określonego zakresu, lecz zastosowujące się zawsze do potrzeby, która się objawia w przyczynie ustanowienia. Odmiennie od prawa austr. za wzorem *Landr.* pruskiego w najnowszym czasie kod. niem. pod opiekę (*Vormundschaft*) poddaje nie tylko małoletnich lecz i pełnoletnich (umy-

II. Tak opiekun jak i kurator mają pewne przez ustawę nadane im upoważnienia, których ogół, o ile odnosi się do osób pieczy ich oddanych, tworzy władzę opiekuńczą lub kuratelarną. Upoważnienia te, podobnie jak owe, które tworzą władzę rodzicielską, przedstawiają się formalnie jako prawa w znacz. podmiotowem, lecz różnią się od innych praw tem, że celem ich jest interes osoby pieczy poruczonej, nie zaś uprawnionego, i że wykonanie ich nie jest pozostawione dowolności uprawnionego. Różni się jednak władza opiekuna lub kuratora od władzy rodzicielskiej, a względnie ojcowskiej, istotnie tem, że gdy ostatnia pochodzi wprost i bezpośrednio z ustawy, pierwsza opiera się na poleceniu władzy (§. 1034 u. c.). Ojciec wykonywa swe upoważnienia jako własne z ustawy mu przysłu-

---

słowo chorych, marnotrawców, opojów, §. 6, 1896), mimoto odróżnia opiekę nad małoletnimi i pełnoletnimi, — przeciwstawia zaś obydwom rodzajom opieki tak zwaną *Pflegschaft*, — różnicę zaś między *Pflegschaft* a *Vormundschaft* charakteryzują *Mot.* (IV. str. 1044): *der Gegensatz des Besonderen zum Allgemeinen.* — O rzymskiej różnicy między *tutor* a *curator* ob. LÖHR *Ueb. d. röm. Begriff von Tutel u. Curatel* w *Mag. f. Rechtswissensch.* III. str. 1. i 14., PUCHTA *Pand.* §. 333 i 334. Przeciwstawienie rzymskie: *tutor personae, curator rei vel causae datur* wyjaśnia PUCHTA *Vorles.* II §. 333 i 334 tem, że wyraz *persona* nie oznacza osoby w przeciwstawieniu do majątku, lecz cały majątek w przeciwstawieniu do jednostkowej sprawy majątkowej. Tamże PUCHTA formułuje również: *Curator ist der Vormund schlechtweg, Tutor der Vormund mit der Macht, auctoritas zu interponiren.* Podobnie SAVIGNY *Vom Beruf uns. Zeit f. Gesetzg. u. Rechtswiss.* wyd. 3 (1890) str. 102. Tej różnicy do pr. austr. zastosować nie można, gdyż i opiekun i kurator równą mają władzę *auctoritatem interponendi.* BRUNS *Das heut. röm. Recht* w HOLTZEND. *Rechtsenc.* (4 wyd. 1882 str. 508) odmawia różnicy między opiekunem a kuratorem wszelkiego uzasadnienia dla prawa nowoczesnego twierdząc, że opiekun dziecka i kurator obłąkanego mają zupełnie równy zakres działania: *Es ist reiner Zufall und Missverständniss, wenn man bei uns noch Vormünder u. Curatoren unterscheidet.* — Surowej, a przyznać należy w wielkiej części uzasadnionej krytyce poddał postanowienia §. 188 u. c. SAVIGNY l. c., przeciw któremu z małym sukcesem polemizuje M. SCHUSTER w rozpr. na wstępie cytowanej.

gujące, opiekun i kurator wykonywają je **jako organa zwierzchniczej władzy opiekuńczej lub kuratelarnej**[3]), którą w obrębie mocy obowiązującej ustawy cywilnej reprezentują sądy w zakresie t. zw. sądownictwa niespornego (*freiwillige Gerichtsbarkeit, Gerichtsbarkeit ausser Streitsachen*), zatem jako władze administracyjne, mające w pierwszym rzędzie strzedz interesu publicznego[4]). — Zwierzchnicza ta władza opiekuńcza ma obowiązek przestrzegać z urzędu interesu wszystkich osób pod szczególną opieką ustawy zostających (§. 2. pat. z r. 1854. — §. 21. u. c.), a zatem nietylko osób pieczy opiekuna i kuratora oddanych, lecz i pod władzą ojcowską zostających. Z odmiennego jednakże charakteru władzy ojcowskiej z jednej, a władzy opiekuna i kuratora z drugiej strony, wynika też odmienny charakter upoważnień sądu jako zwierzchniczej władzy opiekuńczej (*Obervormundschaft*)[5])[6]). Gdy mianowicie sądy względem osób pod władzą ojca zostających przeważnie przestrzegać

---

[3]) Na tę różnicę praktyka jak również i nauka prawa austryackiego zd. m. zbyt małą wagę kładzie, traktując obydwie te władze jako równorzędne i przyznawając ojcu przeważnie — a szczególnie w zakresie majątkowym, tylko prawa opiekuna. Ob. zamiast innych KRAINZ §. 458 przy uw. 19, 20, przeciwnie jedynie ZŁOBICKI w *Z. f. oest. R.* 1838 I. str. 1 n. — Ob. zresztą wyżej §. 470 uw. 3.

[4]) Trafnie mówi STEINBACH, *Vertretung der öff. Interessen auf d. Gebiete des Privatrechts* w *Ger. Ztg.* 1902 Nr. 1., *Das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt eben darin, dass sie nicht Processleitung und Entscheidung, sondern Verwaltung, und zwar Rechtsverwaltung ist und daher auch in erster Linie nicht juristischen, sondern Verwaltungszwecken dient, welche ihrem Wesen nach die Wahrung des öffentlichen Interesses in sich begreifen...*

[5]) Ze stanowiska terminologicznego używany w praktyce wyraz „władza nadopiekuńcza" nie wydaje mi się właściwym i duchowi języka odpowiadającym, jakkolwiek podaje go słownik Akademii.

[6]) O dawniejszem sprawowaniu zwierzchniczej władzy opiekuńczej w kraj. austr. ob. CHORINSKY str. 66. n. Stanowczo przekazał ją sądom (państwowym i patrymonialnym) kod. józ. (rozdz. 5. §. 22), przyczem i władzom administracyjnym (urzędom obwodowym) przekazano pewną ingerencyę (pat.

tylko winny, ażeby tenże nie przekroczył upoważnień, ustawą mu nadanych, względem osób pieczy opiekuna lub kuratora powierzonych służy im nie tylko prawo kontroli lecz wprost prawo kierownictwa czynnościami tychże swoich organów.

Stanowisko prawne tak opiekuna jak i kuratora jest urzędem publicznym (§. 200, 21, 204, 206, 262, 281 u. c.), gdyż spełniają oni funkcye z mocy polecenia i w zastępstwie władzy publicznej. Zakres ich działania obejmuje częścią takie czynności, które podejmować mogą samodzielnie już z mocy swego urzędu, częścią zaś takie, które podejmować mogą ważnie jedynie tylko z mocy specyalnego pozwolenia tejże władzy lub też za jej zatwierdzeniem. W tych ostatnich przypadkach ważność czynności zależy od tegoż pozwolenia lub zatwierdzenia [7]).

---

z 1. września 1781 L. 23. zb. u. s, d. n. z 13 czerwca 1783. L. 443 zb. u. s. i t. d.). W Galicyi postępowanie w sprawach opiekuńczych i kuratelarnych regulowała powsz. instrukcya o post. sąd. w Galicyi zachodniej z 27. listopada 1801 L. 543 zb. u. s., rozszerzona pat. z 14. marca 1807 L. 803 zb. u. s. na Galicyę wschodnią, w rozdz. XVI. i XVII. i wiele innych dodatkowych przepisów. W Krakowskiem obowiązywało dawniej prawo o opiekach ogłoszone rozp. Senatu rządzącego z 7. kwietnia 1826 L. 1068. dz. pr. Rzpltej krak. z r. 1826 i dodatkowe rozp. z 21. czerwca 1844 L. 2895 dz. pr. z 1844 r. Z kolejnem wprowadzeniem nowej órganizacyi sądownictwa i zniesieniem sądownictwa patrymonialnego w krajach austr. począł obowiązywać pat. z 9. sierpnia 1854 L. 208 dz. u. p. o t. zw. sądownictwie niespornem (ob. art. II. ust. wprow.), który normuje postępowanie w sprawach opieki i kurateli w rozdz. III. §. 181—219. Właściwość sądów w tych sprawach normują obecnie §. 109—112 normy jur. z 1. sierpnia 1895 L. 111 dz. u. p. (por. także art. II. 1. ust. wprow. z tejże samej daty L. 110 dz. p.). — Zauważyć należy, że o interes osób niewłasnowolnych nietylko sądy opiekuńcze, lecz i sądy urządzające spadek z urzędu starać się powinny. (Por. §. 27, 77, 78, 161 cyt. pat.).

[7]) Zależność opiekunów i kuratorów od zwierzchniczej władzy opiekuńczej w Austryi jest daleko idącą — jak to się z późniejszego przedstawienia rzeczy okaże. Nietylko zamianowanie ich i usunięcie zależnem jest od niej, lecz we wszystkich ważniejszych po za zwykłą gospodarkę wychodzących

III. Opieka i kuratela w przypadkach ustawą przewidzianych następuje bez względu na wolę osób interesowanych i tem różni się od zastępstwa z mocy woli stron (na mocy umowy, §. 1002 u. c.). Jak z jednej strony ustanowienie opiekuna lub kuratora nastąpić musi, jeśli zajdzie przypadek w ustawie przewidziany, tak z drugiej strony po za tymi przypadkami jest niedopuszczalne. Jedyny wyjątek, wedle którego ustanowienie kurateli zależnem jest od woli osoby interesowanej, istnieje dla głuchoniemych pełnoletnich, którym ustawa wbrew ich woli kuratora narzucać nie pozwala (§. 275 u. c.).

IV. Od obowiązku ustanowienia opiekuna dla małoletnich, opieki ojca pozbawionych, istnieje wyjątek o tyle, że dla dzieci umieszczonych w zakładach sierot lub podrzutków dyrekcya zakładu zastępuje miejsce opiekuna, dla tego z reguły ustanowienia opiekuna nie potrzeba (d. n. z 17 sierpnia 1822 L. 1888 zb. u. s., ust. 1.), a władza ustanowionego już po-

---

czynnościach wiązani są potrzebą upoważnienia lub zatwierdzenia sądowego. W obec tego, że pojęcie „ważniejszej sprawy“ jest względne, opiekunowie i kuratorowie, nie chcąc narazić się na odpowiedzialność, nawet w mniej ważnych sprawach zasięgać zwykli skazówek od sądu tak, że i ten bardzo szczupły zakres działania, w którym swobodnie mogliby się poruszać, jest często iluzoryjnym. Spółdziałanie rodziny zredukowane jest do *minimum*; stanowczego wpływu na tok interesów pupila ustawa rodzinie nigdzie nie przyznaje. Skargi na ten system zbytniego opiekowania się uzasadnione są o tyle, że sprawy pupilarne prowadzone są ociężale, z obawą odpowiedzialności i bez śmielszej inicyatywy, na czem cierpi często interes pupila. Ponadto trudność należytej kontroli ze strony sądu, opiekę sądową często czyni iluzoryjną, gdyż sądy zmuszone są polegać przeważnie na wnioskach opiekunów, nie zawsze uzasadnionych interesem pupila. — Niedogodności tych w wielkiej części unikają ustawodawstwa, które dozwalają rodzinie lub gminie znaczniejszego udziału w opiece nad niewłasnowolnymi (w ustawodawstwie francuskiem rada familijna *subrogé-tuteur* itp., niem. *Waisenrath* itp. — którą przyjęło także najnowsze ustawodawstwo niemieckie §. 1858, 1859 kod. niem.). — O usiłowaniach reformy urządzeń sierocych, TAŁASIEWICZ str. 380 i nast., WEISSLER *Reform der vorbeugenden bürg. Rechtspflege in Oesterreich* (1900).

przednio opiekuna na czas pobytu dziecka w zakładzie spoczywa (ust. 3. cyt. d. n.). Gdyby jednak takiemu dziecku przypadł majątek nieruchomy lub znaczniejszy ruchomy (wyżej 500 zł., d. n. z 17 lipca 1843 L. 722 zb. u. s.), do zarządu tymże powinien być ustanowiony opiekun (ust. 2 cyt. dekr.), podobnie jeśli dziecię zakład opuszcza (ust. 4 cyt. d. n.)[8]).

§. 479.

O zdolności do sprawowania opieki.

ANDERS §. 54.; *Grundr.* §. 74—77.; KRAINZ §. 465—468.

I. Skoro sąd opiekuńczy poweźmie wiadomość o potrzebie ustanowienia opieki, obowiązany jest zamianować opiekuna (§. 190 u. c.)[1]). Ażeby mógł o takiej potrzebie się dowiedzieć, ustawa nakłada na krewnych pupila i inne z nim w bliskich stosunkach zostające osoby[2]) — pod zagrożeniem odpowiedniego skarcenia[3]) — obowiązek doniesienia sądowi o takim przypadku. Taki sam obowiązek mają władze publiczne, duchowne i świeckie (§. 189 u. c.).

Sąd może zamianować tylko opiekuna zdatnego (§. 190 u. c.) t. j. takiego, przeciw któremu żadnej nie ma ustawowej przeszkody.

Niezdolność do sprawowania opieki może być bezwzględną t. j. taką, która wyłącza od każdej opieki

---

[8]) Przepisy administracyjne o podrzutkach zob. u GELLERA wyd. większe, dop. po §. 268 u. c.

[1]) Każda opieka jest więc sądową. Jeżeli marginesy do §. 196, 198, 199 u. c. wymieniają opiekę testamentową, ustawową, sądową, to odnosi się to tylko do wskazania osoby, której sąd przy wyborze bez powodów pomijać nie powinien. O tem bliżej w §. 480.

[2]) A więc np. osoby spowinowacone, domowników itp.

[3]) W §. 167 I. kod. gal. użyty był zwrot *„unter Verantwortung“*: pod odpowiedzialnością. Już przy pierwszym odczycie przedstawił referent *monitum* dolno-austr. Trybunału, żądające, aby tę odpowiedzialność bliżej unormowano. Stylizacya

w ogóle, albo też względną, t. j. taką, która wyłącza tylko od objęcia pewnej opieki [4]).

A. Bezwzględnie niezdolni są:

1.) którzy z powodu małoletności, wad cielesnych lub umysłowych, albo też z jakichkolwiek innych powodów własnemi sprawami zajmować się nie mogą [5]);

2.) którym sąd opiekuńczy z powodu skazania karno-sądowego zdatność do sprawowania opieki (lub kurateli) odbierze (§. 191 u. c. w związku z §. 5. ust. z 15. listopada 1867 L. 131 dz. u. p.; por. także §. 417, 418 u. karnej) [6]).

---

proponowana wówczas przez referenta nie uwzględniła jednak tej słusznej uwagi (OFNER I. str. 173). Dopiero w ostatnim odczycie PRATOBEVERA zwrócił uwagę na to, że podług tego wyrażenia się osoby, któreby zaniedbały doniesienia, odpowiadałyby za wszelką szkodę, wynikłą dla małoletniego stąd, że przez jakiś czas nie było opiekuna. — Uznano tę uwagę za słuszną, aby zaś obowiązek donoszenia nie pozostał bez sankcyi, zmieniono wyraz *Verantwortung* na *angemessene Ahndung:* odpowiednie skarcenie (OFNER II. str. 514 §. 180). Stąd wynika, że kto zaniedba doniesienia, nie odpowiada za szkodę, a tylko podlega karze. Ob. PFAFF *Replik* w Grünh. VIII. str. 635 n. uw. 48. — Jestto więc wyjątek od §. 1295 u. c. (tamże str 708 uw. 232). Por. także obrady komisyi wschodnio-gal. o tym §. w Przegl. pr. i adm. z r. 1902 Cz. rozpr. str. 268 m.

[4]) Napisy marginesowe nad §. 191—194 u. c. nazywają te powody niezdatności (dość niestosownie): *notwendige Entschuldigungsgründe*, w odróżnieniu od przyczyn uchylenia się od opieki (§. 195 u. c.), które nazwano *freiwillige Entschuldigungsgründe.*

[5]) Małoletność, wady cielesne i umysłowe są tylko przykładowo wymienione. Właściwą przyczyną jest niemożność zajęcia się własnemi sprawami i stąd idąca niemożność zajęcia się cudzemi sprawami. Małoletni usamowolniony może być opiekunem (arg. z §. 252 u. c.). Natomiast marnotrawca, krydataryusz nie.

[6]) Podług pierwotnego brzmienia §. 191 u. c. bezwzględnie niezdatni byli ci, którzy uznani byli winnymi zbrodni. — Oprócz tego opiekun za znęcanie się nad pupilem mógł być przez sąd karny uznany za niezdatnego do sprawowania opiek w przyszłości — Ustawą z 15. listopada 1867 L. 131 dz. u. p. zmieniony został między innemi także §. 191 u. c. w tym kierunku, że o kwestyi, czy skazanie karno-sądowe (w ogóle,

3.) po których nie można się spodziewać przyzwoitego wychowania pupila [7]).

---

a więc nie tylko za zbrodnię) pociągać ma za sobą utratę zdatności do opieki, orzekać ma sąd opiekuńczy, — który wedle tego z jednej strony może mimo skazania za zbrodnię ustanowić kogoś opiekunem, a z drugiej strony uznać kogoś niezdatnym do opieki (lub kurateli), chociażby tenże tylko za występek lub przekroczenie skazany został. — I to jest słusznem. Skazany np. za zbrodnię pojedynku nie utracił przez to osobistej kwalifikacyi do sprawowania opieki, natomiast skazany za przekroczenie kradzieży, przeniewierzenia (§. 460 u. k.), a szczególnie zaś katowania swoich dzieci (§. 413 u. k.), pupilów (§. 417, 418 u. k.) lub uczniów (§. 420 u. k.) niezawodnie do urzędu opiekuńczego się nie nadaje.

[7]) Przeszkody tak ogólnikowo sformułowanej w kod. gal. nie było (§. 168—170). Natomiast między przeszkodami względnemi wymienione było, że nie należy dopuszczać do opieki osób, które wyznawają inną religię aniżeli pupil. Przeciw temu podniosła się opozycya. Dolno austr. Tryb. radził, aby także i osoby odmiennej religii dopuszczono jednak *mit Vorsicht des Religionsunterrichtes*. Wbrew uwagom referenta, który twierdził, że to wywołałoby *Bedenken u. Aufsehen*, wicepr. HAAN popierał *monitum* uwagą, że inaczej w małżeństwach mięszanych i w miejscowościach, gdzie może nie ma nikogo, ktoby z pupilem równą wyznawał religię, powstać by musiały trudności, a czasem przepis taki byłby wprost niewykonalnym. Natomiast zaproponował przyjęcie przepisu §. 29, 5 kod. józ., że nie należy powierzać opieki osobom, co do których zachodziłaby obawa złego lub stanowi nieodpowiedniego wychowania pupila, i dodał, że ustęp taki umożebniłby wyłączenie innowiercy, gdyby sąd uznał, że powierzenie mu opieki byłoby szkodliwem dla pupila. Te uwagi przekonały i zgodzono się na zamieszczenie ustępu w tym duchu między przeszkodami względnemi i na opuszczenie ustępu o religii (OFNER I. str. 175). Tymczasem w drugim odczycie zapomniano widocznie o genezie tego przepisu, gdyż referent zauważył, że osoby, po których nie można się spodziewać dobrego wychowania, należałoby nie tylko od pewnej, lecz od każdej opieki wyłączyć, i uzyskał przyłączenie tej przeszkody do bezwzględnych (OFNER II. str. 318 §. 156), skutkiem czego przepis ten utracił charakter pierwotny (względny). — NIPPEL II. str. 305 wyczytuje z ustawy, że niechrześcijanin nie może być opiekunem chrześcijanina i powołuje się na przeszkodę małżeńską §. 64, ponieważ prawodawca tym §. i §. 593 wyraźnie „dał do zrozumie-

4.) po których nie można się spodziewać, ażeby majątkiem pupila korzystnie zarządzali [8]). Nadto — ale już tylko z reguły (§. 192 u. c.) —

5.) nie wolno poruczać opieki osobom płci żeńskiej — z wyjątkiem matki i babki pupila (§. 198 u. c.)[9]), tudzież zakonnikom [10]) i mieszkańcom obcych państw [11]).

---

nia", że nie pochwala bliższego stosunku między członkami tych dwóch „stronnictw religijnych" (!).

[8]) Dodatek ten nastąpił dopiero w trzecim odczycie. Często ta przeszkoda jest względną, można bowiem być w ogóle zdolnym do zarządzania majątkiem, a przecież niezdolnym odnośnie do pewnego majątku np. gdyby rolnikowi oddano zarząd fabryki.

[9]) Proj. terez. I. 6 n. 125. motywuje ten przepis: *Die schwere Bürde des vormundschaftlichen Amtes und die mit solchem verknüpfte Verantwortung gestattet nicht das weibliche Geschlecht damit zu beladen*, dopuszcza jednak matki i babki i dalsze wstępne, *als welchen schon der natürliche Trieb, die Liebe und Sorgfalt für ihre Kinder und Abkömmlinge einflösset.* Z dawn literat.: GRASSL *Ueb. d. Verbindlichkeit d. Mutter u. vät. Grossmutter ... die Vormundschaft zu übernehmen* w *Z. f. ö. R.* 1826 II. str. 289. O opiece matki i babki w pr. niem. ob. KRAUT *Vormundsch.* I. str. 244 n. — Podług najnowszego kod. niem. kobiety zamężne z kim innym, aniżeli ojcem pupila, mogą objąć opiekę jedynie za pozwoleniem męża (§. 1785).

[10]) Wzgląd brano tu zapewne na to, że zakonnicy — już z powodu klauzury, nie mogą się w ogólności zajmować interesami. Domysł STUBENRAUCHA (wyd. 8. str. 280), że wyłączenie ich nastąpiło z powodu, iż nie mając majątku, nie mogliby wynagrodzić szkody pupilom, nie jest trafnym, bo w takim razie musieliby być wyłączeni wszyscy, którzy majątku nie mają. — Taki też wniosek czynił MARTINI w swoim projekcie, lecz go odrzucono (HARRAS. V. str. 56. uw. 5). Członkowie zakonu niemieckiego mogą przyjmować opieki za pozwoleniem wielkiego mistrza (pat. z 28. czerwca 1840 L. 451 zb. u. s.), kawalerowie maltańscy za dyspenzą od zakonu (pat. z 29. lipca 1798, KROP. V. str. 354). Ob. HAIMBERGER *Üb. die Fähigkeit d. Ordensgeistlichen eine Vormundschaft zu übernehmen* w *Z. f. oest. R.* 1828 II. str. 324.

[11]) Rozumieć należy: obcokrajowcom. W projektach poprzednich było jeszcze więcej przeszkód. I tak niezdolni byli: urzędnicy, ponieważ zajęcie opieką czyniłoby ujmę obowiązkom urzędowym (proj. terez. l. c. n. 129), osoby niższego stanu aniżeli pupil (proj. kom. kompil., por. n. 142. proj. terez.), jeśli

B. Względnie niezdolnymi są:

1.) których ojciec wyraźnie od opieki wyłączył [12]);

2.) którzy z rodzicami (matką lub ojcem) lub z pupilem jawnie w nieprzyjaźni zostawają [13]);

3.) którzy z pupilem są w procesie, lub z którymi z powodu niezałatwionych pretensyi, a to [14]) jednej lub drugiej strony, proces powstać może. — Nadto:

4.) kto w prowincyi, w której znajduje się sąd opiekuńczy pupila, albo wcale nie przebywa, albo zmuszony jest dłużej niż rok poza granicami tejże prowincyi pozostawać, nie powinien być z reguły opiekunem ustanowiony (§. 194 u. c.), — co nie wyłącza wszakże, ażeby w pośród pewnych okoliczności opiekunem być nie mógł np. jeżeli majątek pupila w pobliżu jego miejsca pobytu się znajduje [15]).

II. Przyjęcie opieki, skoro przez sąd ofiarowaną zostaje, jest ogólnym obowiązkiem obywatelskim, od którego w ogólności nikt, posiadający zdolność do tego urzędu, uchylić się nie może (§. 200—203 u. c.). Wyjątkowo tylko mają prawo uchylić się od niej i nie mogą być wbrew woli zniewoleni do jej objęcia:

---

różnica jest tak znaczną *dass denen Waisen verkleinerlich fiele einen Vormund niederen Standes zu haben*. Także głupota i niedoświadczenie (*Einfalt und Unerfahrenheit*, — n. 143 proj. ter.). Prof. GROSS w Pradze chciał wyłączyć: *die Schuldenmacher und die durch Ausschweifung dem Pupillen zum üblen Beispiel dienen* (HARRAS. V. str. 56 uw. 4.) itd. W kod. gal. §. 171 wyłączeni byli nadto członkowie sądu opiekuńczego — co opuszczono (OFNER I. str. 176).

[12]) O wyłączeniu przez matkę ustawa nie wspomina. Z analogii §. 197 u. c. należy wnosić, że wolno jej przynajmniej wyłączyć pewną osobę od opieki co do majątku, który od niej małoletniemu przypadł.

[13]) W kod. gal. było: *in thätiger Feindschaft*, który to zwrot uznano jako za wiele wyrażający (OFNER I. str. 175).

[14]) *Lege non distinguente.*

[15]) ZEILLER *Com.* I. str. 419 przytacza inne też powody np. jeśli małoletni, bliski pełnoletności, nie potrzebuje ciągłego dozoru opiekuna, albo jeśli inne powody za ustanowieniem takiego opiekuna przeważają.

1.) księża świeccy [16]);
2.) wojskowi w czynnej służbie;
3.) urzędnicy publiczni [17]);
4.) osoby mające wyżej 60 lat [18]).
5.) osoby, które sprawują już jednę uciążliwą albo trzy mniejsze opieki, i takie, na których ciąży obowiązek pieczy nad pięciorgiem dzieci lub wnuków (§. 195 u. c.).

Osoby te mogą, chociażby opiekę przyjęły, złożyć ją później z powołaniem się na przyczynę, która nadawała im możność uchylenia się [19]).

III. Kto zostanie zamianowany opiekunem, otrzymuje bezzwłocznie od sądu polecenie objęcia opieki [20]) i — jeśli

---

[16]) STUBENRAUCH do §. 195 u. c. za WINIWARTEREM utrzymuje, że należy tu zaliczyć także zakonników, ponieważ podług §. 192 u c. tylko z reguły są niezdolni, a mają nietylko takie same obowiązki jak swieccy, lecz nadto inne ze stanu zakonnego wynikające. To się wprost sprzeciwia materyałom. W kod. gal. §. 172 użyty był wyraz *Geistlicher*. Fakultet wiedeński zauważył, że w obec tego, iż zakonnicy są niezdolni, należy użyć wyrazu *Weltgeistlicher* — co się też stało (OFNER I. str. 177).

[17]) Dawniej urzędnicy publiczni mogli być mianowani opiekunami jedynie za pozwoleniem przełożonych. Tak też proj. MARTINIEGO I. 6. §. 7. — Tak samo w kod. niem. (§. 1784). Przepis ust. cyw. austr. nie jest jednak podyktowany względami na służbę, lecz przedstawia się jako przywilej stanu.

[18]) Według §. 173 kod. gal. granicą był wiek 70 lat. Zniżono ją do 60 lat, uważając, że w tym wieku zwyczajnie już siły cielesne i umysłowe słabną (OFNER I. str. 177).

[19]) Wynika to z materyałów. W ost. ust. § 173 kod. gal. było dodane, że jeśli kto zrzekł się dobrowolnie tego dobrodziejstwa ustawy, a zatem przyjął opiekę, choćby się był mógł uchylić, później odstąpić już nie może. Podług zdania większości nie możnaby pojąć, dlaczego tym osobom nie miałoby być wolno złożyć później opiekę, gdyby np. nabyły przekonania, że z powodu postępującej starości lub uciążliwszego zajęcia, aniżeli pierwotnie się spodziewali, podołać jej nie mogą, lub własne zajęcia zawodowe czyniły im niemożebnem dalsze prowadzenie spraw. W tych przypadkach nietylko słuszność lecz i dobro małoletniego wymagałoby zwolnienia ich z obowiązku opieki. Te argumenty spowodowały opuszczenie rzeczonego ostatniego ustępu §. 173 kod. gal.

[20]) W kod. gal. ustanowiony był termin 14-dniowy, który mógł być przedłużony. Uznano go za długim, z powodu, że

*

nie ma za sobą przyczyny uwalniającej, winien ją objąć, chociażby co do swej osoby nie podlegał jurysdykcyi sądu, który go opiekunem zamianował (§. 200 u. c.)[21]). Kto bez takiej przyczyny uwalniającej wzbrania się przyjąć opiekę, odpowiada za wszelką małoletniemu stąd wynikającą szkodę i utracony zysk, a nadto zmuszony być może do przyjęcia opieki odpowiednimi środkami przymusowymi (§. 203 u. c.), więc grzywnami lub karą aresztu (§. 19 pat. z r. 1854).

Kto natomiast sądzi, że nie jest zdolnym do sprawowania opieki, lub że ma za sobą przyczynę uwalniającą, z której korzystać zamierza, winien, najpóźniej do dni czternastu od chwili otrzymania polecenia sądowego, zwrócić się do sądu, którego jurysdykcyi co do swej osoby podlega, z doniesieniem o przeszkodach lub przyczynie uwalniającej (§. 201 u. c.). Gdyby nie uczynił doniesienia o swej niezdolności, a więc ją zataił, odpowiada za wszelką szkodę, małoletniemu przez to wyrządzoną i utracony zysk; — tak samo odpowiada i sąd, który świadomie ustanowił niezdatnego podług ustawy [22]) opiekuna.

Nie korzystając z przyczyn uwalniających, ustanowiony opiekunem wprawdzie nie utraciłby prawa późniejszego uwolnienia się, lecz aż do innego zarządzenia sądu musiałby opiekę sprawować [23]).

---

z początku interesa bywają najważniejsze i najbardziej zawikłane. (OFNER I. str. 179).

[21]) Opiekun (albo kurator) we wszystkich sprawach opiekuńczych podlega jurysdykcyi sądu opiekuńczego, chociażby co do swej osoby innej podlegał jurysdykcyi (§. 200, 282 u. c.). W tej zasadzie jednakże uświęciła najnowsza norma jur. wyjątek ten, iż w procesach, wynikających z zarządu majątkiem pupila, o właściwości sądu decydują ogólne przepisy jurysdykcyjne (art. II. ust. 1. ust. wprow. normę jur. z 1. sierpnia 1895 L. 110 dz. u. p.).

[22]) §. 181 kod. gal. odpowiedzialność sądu ustanawiał na przypadek, jeśli świadomie niezdatnego opiekuna mianował. Wicepr. HAAN pragnął opuszczenia tego przepisu obawiając się, że sądy będą z tego powodu szykanowane. Obawie tej zaradzono, określając, że sąd odpowiada tylko wówczas, jeśli niezdatnego według ustawy opiekuna zamianował.

[23]) Inaczej STUBENRAUCH l. c. i KRAINZ §. 469 uw. 5., którzy sądzą, że tenże traci prawo uwolnienia się od opieki.

§. 480.

O „powołaniu“ opiekuna.

Literatura jak w poprzednim §. i NIPPEL *Darstellung* §. 51 n.

I. Skoro zajdzie potrzeba ustanowienia opiekuna, sąd opiekuńczy winien zamianować tegoż z pomiędzy osób, do piastowania tego urzędu ukwalifikowanych, przyczem jednakże wybór nie całkiem jest swobodny, gdyż sąd winien przy wyborze uwzględniać w pewnym porządku, wskazanym ustawą, osoby t. zw. powołane.

1) W pierwszym rzędzie powołaną jest osoba, którą wskazał ojciec (ślubny), rozumie się, jeśli co do niej nie ma przeszkód w §. 191—194 u. c. wymienionych (§. 196 u. c.). Ponieważ powołanie takie mieści się najczęściej w rozporządzeniu ostatniej woli, nazwano je testamentowem (*testamentarische Berufung*, marg. do §. 196 u. c.)[1]. — Pierwszeństwo

---

Ob. jednakże przytoczone wyżej w uw. 19 materyały do §. 173 kod. gal.

[1]) Niestosowny napis (*testamentarische Berufung*) spowodował, że niektórzy autorowie (np. NIPPEL str. 309) wymagali, ażeby powołanie przez ojca nastąpiło we formalnem rozporządzeniu ostatniej woli. W tekście §-fu w ogóle o rozporządzeniu ostatniej woli mowy nie ma, nie ma więc podstawy do stawiania takiego wymogu. Tak słusznie ZEILLER I. str. 421. i orz. 12620, 12029. W kod. gal. §. 174, było powiedziane „*in seinem letzten Willen oder auf eine andere Art*“. — Ustęp ten w stylizacyi opuszczono, gdyż nic innego nie oznaczał, jak tylko, że ojciec mógł wolę tę objawić w jakikolwiek sposób, a więc wspomnienie o sposobie objawienia woli w ogóle było zbędnem. WINIWARTER I. §. 211 tego samego jest zdania, łączy je jednak z tem, że gdyby rozp. ost. woli, w którem ktoś powołany został na opiekuna, zostało z powodu braku formalności unieważnione, to i to powołanie staje się nieważnem. Zapatrywanie to zapoznaje, że forma rozp. ostatniej woli nie służy wyłącznie potrzebie dowodu i że brak formy uroczystej rozporządzenia ostatniej woli nie czyni go nieważnem z powodu, że testator nie miał objawionej w niem woli, lecz z tego powodu, że nie objawił jej w formie przepisanej. — O tem w nauce o pr. spadk.

osoby przez ojca powołanej uzasadnia się przypuszczeniem, że ojciec najlepszego opiekuna wybierze dziecku swemu. — Ustawa ma na myśli ojca ślubnego, który władzę ojcowską wykonywał, gdyż tylko w braku ślubnego ojca opiekun zamianowany bywa (§. 187 u. c.). Nie ma doniosłości wola ojca, który utracił za życia swego władzę ojcowską [2]), ponieważ taki na zaufanie nie zasługuje, — ani też ojca nieślubnego, chociażby sam był opiekunem dziecka, ponieważ ustawa woli opiekuna uwzględniać nie poleca. Uwzględnienie woli ojca ślubnego nie jest zależnem od tego, iżby tenże małoletniemu zostawił majątek, gdyż ustawa takiego warunku nie stawia. Natomiast jeśli matka albo kto inny małoletniemu pozostawi majątek, a zarazem wskaże opiekuna, rozporządzenie takie będzie miało o tyle doniosłość, że wskazanej osobie oddaną zostanie kuratela nad tymże pozostawionym majątkiem (§. 197 u. c.), opiekunem jednakże zamianowaną nie zostanie. W takim bowiem przypadku obdarzony małoletni, albo zostaje pod władzą ojcowską, więc zamianowanie opiekuna w ogóle jest niemożebnem, albo pod władzą już zamianowanego opiekuna, a więc zamianowanie innego jest niedopuszczalnem [3]).

2) Gdyby ojciec nie powołał żadnego opiekuna [4]), albo powołany przez ojca był niezdolnym do sprawowania opieki, ustawa poleca powierzyć opiekę przedewszystkiem dziadkowi ojczystemu, w razie zaś gdyby tenże nie żył lub nie był zdatnym — matce, następnie ojczystej babce, a wreszcie innemu krewnemu płci męskiej, który jest najbliższy, a z po-

---

[2]) Powołanie opiekuna jest prawem, które służy po myśli §. 147 u. c. ojcu — a więc jest wypływem władzy ojcowskiej.

[3]) Nie ma więc ten przepis na celu upośledzenia matki, lecz wynika z samej natury rzeczy. Kod. niem. wprowadza opiekę dopiero w razie, jeśli małoletni oboje rodziców utracił. Konsekwentnie nadaje także i matce równe z ojcem prawo powołania opiekuna. Zdanie ZEILLERA, iż matka, która pozostawiła dziecku tylko zachowek, nie miałaby prawa nawet kuratora wskazać, uważam za mylne, gdyż wskazania kuratora nie można uważać, — jak to czyni ZEILLER powołując się na §. 774 u. c., — za obciążenie zachowku.

[4]) Użyty zwrot: *wenn der Vater keinen ... ernannt hat* nie jest ścisłym, gdyż mianowanie jest rzeczą sądu, nie ojca.

między więcej równie bliskich najstarszy (powołanie ustawowe, *gesetzliche Berufung*, §. 198 u. c.)[5]. Gdyby oddano opiekę komu jako najbliższemu krewnemu, a następnie pokazało się, że istnieje jeszcze bliższy, zamianowany może żądać, ażeby go uwolniono od opieki, a w jego miejsce zamianowano tegoż; tenże bliższy zaś tylko wówczas miałby prawo żądać, aby poprzedniego usunięto, gdyby nie był mógł wcześniej się zgłosić (§. 258 u. c.).

3) Gdyby nie było osób, którym opieka po myśli powyższych przepisów (§. 196—198 u. c.) powinna być powierzoną, sąd ma wolną rękę w wyborze opiekuna o tyle, że od jego ocenienia zależy, kogo ze względu na zdolności, charakter, stan, majątek i miejsce zamieszkania opiekunem zamianować zechce (powołanie sądowe w śc. znacz., *gerichtliche Berufung* §. 199 u. c.), przyczem nakazano, aby sądy przy wyborze tym postępowały z jak największą ostrożnością (d. n. z 23. czerwca 1821 L. 1771 zb. u. s.)[6]. Komu wolno wskazywać opiekuna, temu służy też niewątpliwie prawo wyłączyć od opieki pewne osoby (arg. *a majore ad minus*).

---

[5]) Że tu — z wyjątkiem matki — chodzi tylko o ślubne pokrewieństwo, w obec §. 165 u. c. nie potrzeba dodawać. Nie można też tego przepisu stosować do dzieci legitymowanych *per rescr. princ.* (§. 162 u. c.), ani do adoptowanych (§. 183 u. c.). — Z historyi tego przepisu dodać należy, że komisya kompil. zasadniczo tylko mężczyzn dopuszczała do opieki, ponieważ tylko u tych przypuszczała *nebst der Zuneigung für die Waisen auch die erforderliche Einsicht und Stärke des Urtheils*. Jednakże mimo to wyjątek czyniła co do matki, u „której miłość macierzyńska przewyższa wszystko, czego możnaby się spodziewać po krewnych ubocznych“. — Przydawanie spółopiekunów odpowiadało dawniejszym urządzeniom. — Ob. HARRAS. *Cod. Ther.* I. str. 178 n. uw. 6.

[6]) W Wiedniu istnieją — za zatwierdzeniem ministerstwa sprawiedl. (rozp. z 5 lutego 1855 — zresztą nie ogłoszone w dz. u. p.) t. zw. komitety sierocińskie, zaprowadzone przez radę miasta, których zadaniem jest przedstawiać sądom odpowiednie osoby na opiekunów. Rozp. z 16. stycznia 1902. N. 4. dz. rozp., ministerstwo sprawiedl., licząc się z trudnościami, jakie przedstawia znalezienie osób, zdolnych i chętnych do sprawowania opieki zwłaszcza nad pupilami nie posiadającymi majątku, dało sądom cenne skazówki, jak przy tem postępować mają,

W przypadku zamianowania matki lub babki opiekunką, sąd winien dodać tymże spółopiekuna. Przy wyborze tegoż sąd winien uwzględnić przedewszystkiem objawioną wolę ojca, następnie wniosek matki lub babki, a w końcu krewnych małoletniego (§. 211 u. c.). W razie, gdyby opiekunka z opieki ustąpiła, sąd winien z reguły opiekę powierzyć spółopiekunowi (§. 215 u. c.).

II. Jakkolwiek — jak to już wyżej nadmieniono — wszelka opieka jest sądową o tyle, iż nikt bez zamianowania go przez sąd opiekunem stać się nie może (§. 204 u. c.), powołane do opieki osoby mają w porządku ustawą wskazanym prawo żądania, ażeby ich sąd przy ustanawianiu opieki nie pomijał bez uzasadnionych w ustawie powodów. Podług ustawy austryackiej prawo to nie jest jednakże prawem prywatnem, któregoby w razie pominięcia drogą skargi sądowej dochodzić można, jestto bowiem prawo wyłącznie zwrócone do sądu jako władzy publicznej i odpowiada mu wyłącznie tylko obowiązek tejże władzy, a dochodzenie jego, gdyby przez tę władzę naruszone zostało, może nastąpić tylko drogą zażalenia w toku instancyi. Motywem, jaki ustawodawcę skłonił do ustanowienia tego prawa, jest jedynie dobro małoletniego, nie zaś interes prywatno-prawny osoby powołanej. Jeżeli w pierwszym rzędzie ustawa uwzględnia wolę ojca, jeżeli w dalszym rzędzie powołuje osoby, związkiem krwi z małoletnim złączone, to polega to na przypuszczeniu, że tym sposobem najlepiej chroni interes małoletniego; interes osoby powołanej nie odgrywa tu żadnej roli; powołanie nie ma być przywilejem dla nikogo, lecz służy jedynie interesowi małoletniego [7]).

---

przyczem dobitnie uwydatnia, że objęcie i sprawowanie opieki jest spełnieniem obowiązku w obec społeczeństwa, i poleca między innemi uwzględniać przy wyborze szczególnie osoby niezależne a zbliżone zawodem do tej klasy ludności, do której należy pupil i należał ojciec, — w każdym zaś razie żądać co do wyboru osoby wniosku krewnych, szczególnie matki.

[7]) Por. HELM *Civilrechtsfall* w *Z. f. ö. R.* 1827 II. str. 284. — Przyjęty w ust. austr. system mianowania opiekunów przez sąd (*Bestellungsprincip*) zostaje w związku historycznym

III. Skoro opiekun przez sąd zamianowany zostanie (§. 200, 204 u. c.), winien podaniem ręki ślubować, iż „nakłaniać będzie małoletniego do uczciwości, bogobojności i cnoty, że zechce wychowywać go stosownie do stanu na pożytecznego obywatela, zastępować go w sądzie i poza sądem, zarządzać majątkiem wiernie i pilnie i we wszystkiem zachować się podług przepisu ustawy“ (§. 205 u. c.). W tej formule przyrzeczenia streszczone są istotne obowiązki opiekuna. Dziadka, matkę i babkę uwalnia ustawa od składania takiego przyrzeczenia (§. 205 u. c.), przypuszczając, że i bez niego obowiązki te spełniać będą.

Zamianowanego opiekuna zaopatrzy sąd formalnym dokumentem, stwierdzającym oddanie im urzędu opiekuńczego.

---

z dawniejszą *confirmatio juris germanici* pr. pospolitego, która miała na celu zapewnienie się, *dass die Pupillen... unvernachteilt bleiben*; ob. CHORINSKY str. 119 n. i cyt. tamże źródła. Znaczenie, jakie ustawa nadaje „powołaniu“ do opieki, może być rozmaite. Powody powołania mogą być skazówkami dla sędziego, nie nadającemi żadnego prawa powołanemu, albo mogą dlań uzasadniać prawo, którego w danym razie drogą skargi dochodzić by mógł (jak np. w krajach prawa francuskiego). Ust. austr. wybrała drogę pośrednią. Wprawdzie wyraża się, że opieka „należy się“ (*gebührt*) temu lub owemu, lecz nadaje prawu temu charakter publicystyczny, niedopuszczający skargi prywatno prawnej. Jeśli sąd zresztą może pominąć powołanego z powodu, że nie można się po nim spodziewać przyzwoitego wychowania pupila lub korzystnego zawiadywania majątkiem (§. 191 u. c.), prawo tegoż powołanego nie wiele większą ma siłę, aniżeli gdyby było powiedzianem, iż wybór pozostawiony jest „swobodnemu uznaniu“ sędziego, bo i wówczas nie znaczyłoby to, że sąd postępować może podług swego widzimisię, lecz liczyć się musi z powołanymi przez ojca lub ustawę, a więc decyzyę swoją przedmiotowo uzasadnić musi. Takie też, jak się zdaje, było zapatrywanie autorów. Gdy przy §. 196 u. c. (§. 174 I. k. gal.), wiceprezydent HAAN podniósł wątpliwość, co sąd uczynić ma, gdyby powołany przez ojca nie był całkiem niezdolny, lecz tylko „z reguły“ mianowany być powinien, usunięto jego wątpliwości tem, że gdy opiekun zawsze przez sąd zatwierdzony być musi, więc zawsze też zależy od sądu, czyli ten, kogo ojciec powołał, ma zostać opiekunem, czy nie (OFNER I. str. 178 §. 174).

Dokument ten (t. zw. dekret opiekuńczy, §. 206 u. c.) ma znaczenie świadectwa sądowego, nie jest zaś papierem legitymacyjnym w tem znaczeniu, iżby osoby trzecie, które na podstawie takiego dokumentu w dobrej wierze ze wskazaną tamże osobą w interesa się wdawają, chronione były przeciwko skutkom zaszłych w czasie pośrednim zmian, a więc interes dla nich był ważnym, chociażby upoważnienie osoby w dokumencie wymienionej tymczasem było zgasło. Przepisu bowiem podobnego, jaki, ze względu na bezpieczeństwo obrotu, zawiera §. 1017 u. c. w zastosowaniu do pełnomocnictwa, dla opiekunów ustawa cyw. nie daje [8]) [9]).

[8]) Twierdzenie ANDERSA str. 254, iż dekret opiekuńczy ma znaczenie pełnomocnictwa, uważam za mylne. Analogię z przepisów o pełnomocnictwie w obec wyraźnego przepisu §. 1034 u. c., że prawa opiekunów, ojców itd. mają być oceniane podług przepisów w odpowiednich miejscach zamieszczonych, — uważam za niedopuszczalną. Stan rzeczy przy pełnomocnictwie jest zresztą zupełnie odmienny, jeśli się zważy, że ustanowienie pełnomocnictwa jest dobrowolnym aktem mocodawcy, który więc niebezpieczeństwo z takim aktem połączone na siebie brać powinien — gdy przy ustanowieniu opiekuna interesowany pupil żadnego nie ma udziału, a przepisy o opiekach w pierwszej linii nie bezpieczeństwo obrotu lecz dobro pupila na celu mają. Kto się z opiekunem w interesa wdaje, ma łatwą możność przekonania się o istnieniu i rozciągłości jego upoważnienia, a gdy nadto przy ważniejszych interesach z reguły specyalne upoważnienie lub pozwolenie sądowe jest potrzebne (§. 233 u. c.), analogiczne zastosowanie §. 1017 u. c. narażałoby całkiem niepotrzebnie dobro pupila na niebezpieczeństwo, z małą tylko korzyścią dla obrotu. Por. *Mot. I. Lesung* IV. str. 1079.

[9]) W ostatnim czasie powstało z inicyatywy sądu pow. przedmieścia *Landstrasse* w Wiedniu stowarzyszenie, które przyjęło za zadanie organizacyę spraw sierocych tego ludnego przedmieścia. Ob. ALTMANN *Ueber den Waisenrath u. seine Einführ. beim k. k. Bez.-Ger. Landstr. in Wien* w *Ger. Zt.* z r. 1902 N. 19.

§. 481.

O stosunkach prawnych z opieki. I. Stosunki osobowe.

NIPPEL §. 75—99; — CHORINSKY *Vormundschaftsrecht* str. 168; RUBER *Ueber Mündelerziehung* w *Zt. f. Not.* 1882. N. 19—20; ANDERS §. 56; *Grundr.* §. 79; KRAINZ §. 471.

I. Już z treści przyrzeczenia, jakie podług ustawy (§. 205 u. c.) składać winien opiekun, wynika, że do jego zakresu działania należy cały ogół stosunków osobowych i majątkowych pupila. Wchodząc z mocy polecenia sądowego w miejsce ojca [1]), ma on mieć staranie w pierwszym rzędzie o osobę, a zarazem zarządzać majątkiem pupila (§. 188 u. c.), a gdy małoletni z reguły ani jako powód, ani jako pozwany w sądzie stawać nie może [2]), opiekun powołany jest zarazem do zastępowania go w obec sądu, albo do upoważnienia innych do takiegoż zastępstwa (§. 243 u. c.). Za sprawowanie czynności w zakres jego wchodzących jest on odpowiedzialnym tak w obec sądu opiekuńczego jako też i w obec pupila.

II. Pod względem osoby małoletniego, opiekun, tak samo jak ojciec, powinien starać się o jego wychowanie (§. 216 u. c.), a tem samem „o jego życie i zdrowie, o rozwinięcie jego sił fizycznych i umysłowych i o to, ażeby przez naukę religii i pożytecznych wiadomości uzyskał podstawę przyszłego w życiu powodzenia“ (§. 139 u. c.)[3]). Gdy jednakże ojcu pozostawia ustawa zupełną pod tym względem samodzielność, a sąd ma prawo wkraczać tylko w razie nadużycia władzy ojcowskiej lub zaniedbania (ob. wyżej §. 469, II.), opiekun także i w sprawach wychowania w ważnych i wątpliwych przypadkach winien zasięgać zatwierdzenia i poleceń sądu opiekuńczego (§. 216 u. c.)[4]). Jako taka niewątpliwie ważna sprawa przedstawia

---

[1]) ZEILLER I. str. 447. — Ob. także wyżej §. 478.

[2]) Por. jednak §. 2 nowej proc. cyw. z r. 1895.

[3]) ZEILLER I. str. 448

[4]) W kod. gal. §. 194 było nadto opiekunowi zabronionem wysyłać małoletniego bez upoważnienia sądowego do innej prowincyi. Przepis ten wydawał się autorom ustawy niepo-

się wybór zawodu. Jeśli ojciec z mocy swego prawa (§. 148 u. c.) obrał już zawód, któremu małoletniego poświęcić zamierzał, opiekun bez uzasadnionego powodu i bez zgody sądu zmieniać tego nie powinien; — gdyby ojciec zawodu nie oznaczył, opiekun winien wnioski swe uczynić z uwzględnieniem majątku, stanu i innych okoliczności i decyzyi sądu zasięgnąć (arg. z §. 219 u. c.), przyczem małoletniemu, skoro przekroczył lata niedojrzałości, służy niewątpliwie głos (§. 148 u. c.).

Osoba pupila przedewszystkiem matce powierzoną być powinna, chociażby opieki nie była objęła, a nawet chociażby wyszła powtórnie zamąż, — chyba że dobro dziecka innego wymagałoby zarządzenia (§. 218 u. c.); tem jednakże opiekun nie zostaje zwolniony z obowiązku dozoru i udzielania rad matce. Gdyby matka nie żyła, lub osobą dziecka zająć się nie mogła, obowiązek starania się o osobę dziecka spada przy dzieciach ślubnych na dziadków (§. 143 i arg. z §. 221 u. c.), zawsze jednak pod dozorem opiekuna (§. 216 u. c.). Gdyby wreszcie i takich osób nie było (co u dzieci nieślubnych prawie zawsze się zdarza, opiekun starać się powinien — o ile to jest możebnem, — o dobrowolne spółdziałanie innych, chociażby do tego z ustawy nie obowiązanych krewnych ewentualnie zwrócić się do pomocy zakładów publicznych (arg. z §. 221 u. c.).

Jeśli ojciec wskazał kogoś jako kuratora majątku małoletniego, ustawa domniemywać się każe, że chciał mu także powierzyć dozór nad osobą tegoż: — kurator taki ma więc,

---

trzebnym i został też opuszczonym, „ponieważ się sam przez się rozumie“ (OFNER I. str. 183 §. 194). Przepis ten wydaćby się mógł zagadkowym. Historycznie wywodzi on się z dawnych czasów. Już w t. zw. *Reform guter Polizey* z r. 1552 był ten przepis zawarty „*dass die Pupillen so Knaben seyen... wegen Erlernung der Sprachen, Studien und anderer Ursachen halber in fremde Landt und Ort nur mit Vorwissen und Bewilligung der Obrigkeit... verschickt werden durften*“. Uzasadniony był ten przepis dążeniem do utrzymania pupilów przy wierze katolickiej, później chęcią zapobiegania emigracyi. Ob. przytoczone u CHORINSKY'EGO str. 173 dawniejsze przepisy.

dopóki domniemanie to nie jest uchylone przeciwnym dowodem, te same obowiązki jak opiekun (§. 209 u. c.).

Celem dopełnienia obowiązku wychowania, opiekunowi służy nad małoletnim władza familijna, z mocy której żądać może od niego uszanowania i posłuszeństwa. Nadto służy mu podobnie jak ojcu prawo samowolnego wykonywania swych zarządzeń w stosunku do pupila, a tem samem w granicach karności domowej prawo karania, którego przekroczenie może uzasadnić odpowiedzialność karną, ewentualnie odebranie opieki, a nawet zdolności do sprawowania jej (§. 417, 418 ust. karn.). Gdyby opiekun własną dozwoloną mu władzą [5]) nie zdołał powstrzymać wykroczeń małoletniego, winien się zwrócić o zaradzenie do sądu opiekuńczego (§. 217 u. c.). Gdyby opiekun w jakikolwiek sposób władzy swej nadużywał [6]), lub obowiązków potrzebnej staranności i pieczołowitości zaniedbywał, małoletni ma nawzajem prawo żalenia się przed najbliższymi krewnymi i przed sądem opiekuńczym [7]); doniesienie o takich nadużyciach lub zaniedbaniu ma prawo uczynić każdy, kto je spostrzeże — rozumie się także i krewni małoletniego (§. 217 u. c.).

Koszta wychowania oznacza sąd opiekuńczy, uwzględniając rozporządzenie ojca (ślubnego), opinię opiekuna, majątek, stan i inne stosunki małoletniego (§. 219 u. c.). Pokrywane one być powinny przedewszystkiem z dochodów majątku tegoż (§. 150, 220 u. c.), a gdyby te dochody nie wystar-

---

[5]) Podług wniosku ZEILLERA zwrot ten miał opiewać: *durch die ihnen zugestandene gelindere Züchtigung*. Wzmianka ta raziła widocznie autorów i postanowiono zastąpić ją słowami: *durch die zur Erziehung ihm eingeräumte Gewalt* (OFNER I. str. 183, §. 195). Przekroczeniem tej domowej władzy karania jest znęcanie się (*Misshandlung*), przez które karany szkodę na ciele ponosi. — HERBST *Strafr.* do §. 416 uw. 1.

[6]) Odnosi się to nie tylko do przekroczeń względem osoby lecz i względem majątku pupila.

[7]) O innych skutkach takich przekroczeń będzie mowa poniżej w §. 490 o odpowiedzialności opiekuna. Rozumne skazówki co do postępowania wychowawczego podaje ZEILLER I. str. 450 n.

czyły, — w sposób (§. 143 u. c.) dla ślubnych, lub (§. 168 i 171 u. c.) dla nieślubnych przepisany. Za zgodą sądu opiekuńczego substancya majątku może być naruszoną w celu pokrywania kosztów wychowania jak niemniej celem pokrycia wydatku, za pomocą którego małoletni uzyskać ma zapewnienie stałego utrzymania, — jeśli nie ma innych osób, któreby do pokrywania takich kosztów były zobowiązane.

Gdyby pupil całkowicie był pozbawiony środków utrzymania, sąd winien starać się nakłonić krewnych najbliższych do zaopatrzenia go, o ile do tego już po myśli §. 143 u. c. nie są zobowiązani. Gdyby i to było niewykonalne, opiekun powinien — wedle możności — korzystać z fundacyi ubogich, jak długo małoletni sam utrzymać się nie potrafi (§. 221 u. c.).

O ingerencyi opiekuna w razie zamierzonego małżeństwa małoletniego ob. wyżej §. 416, II.

§. 482.

II. Stosunki majątkowe w ogólności.

Opieka nad majątkiem jest w ręku zwierzchniczej władzy opiekuńczej; bezpośrednim wykonawcą jest opiekun, a o ile dla pewnych przedmiotów majątkowych osobny kurator jest zamianowany (n. p. § 197, 224 u. c) — tenże kurator.

Zadaniem opieki jest: 1) w pierwszym rzędzie stwierdzenie i zabezpieczenie majątku pupila, — następnie 2) zarząd gospodarczy tymże majątkiem, a w końcu 3) zastępstwo pupila w interesach majątkowych.

Opiekun (a względnie kurator zamiast opiekuna działający) jest w ogólności we wszystkich czynnościach swoich zależnym od zwierzchniczej władzy opiekuńczej; działanie jego wymaga więc z reguły pozwolenia lub zatwierdzenia tejże władzy. W szczupłym tylko, ściśle gospodarskim zakresie, wolno mu — zawsze pod odpowiedzialnością osobistą, — działać samodzielnie już na podstawie ogólnego upoważnienia, wynikającego z mianowania go przez sąd. O ile to mu

jest dozwolonem, wykaże się z szczegółowego przedstawienia zakresu działania opieki.

Stosunek opiekuna do Sądu uwydatnia się: *a*) w zależności jego od poleceń zwierzchniczej władzy opiekuńczej; *b*) w obowiązku jego składania rachunków sądowi; *c*) w odpowiedzialności jego wobec zwierzchniczej władzy opiekuńczej; — stosunek opiekuna do pupila w odpowiedzialności jego w obec tegoż ostatniego.

§. 483.

1) Stwierdzenie i zabezpieczenie majątku.

NIPPEL §. 100—130; ANDERS §. 57; *Grundr.* §. 80; KRAINZ §. 471.

I. Opieka nad majątkiem wymaga przedewszystkiem stwierdzenia tegoż dla przekonania się o jego wartości i zabezpieczenia go (§. 222 u. c.). W tym celu bez straty czasu a nawet przed ustanowieniem opiekuna (§. 224 u. c.) powinien być sporządzony dokładny wykaz i oszacowanie całego majątku należącego do pupila czyli t. zw. inwentarz, który — rozumie się — późniejszemi zmianami uzupełniany być musi. Nastąpić to powinno, chociażby nawet ojciec lub kto inny, komu pupil majątek zawdzięcza, sporządzenia jego zabronił. Opieczętowanie tylko wówczas ma być przedsięwzięte, jeśli to ze względu na bezpieczeństwo okaże się potrzebnem (§. 223 u. c.). Sposób spisywania inwentarza i oszacowania unormowany jest w przepisach o postępowaniu w sprawach niespornych (pat. z 9 sierpnia 1854 L. 208 Dz. u. p., §. 97—113). Z reguły spisuje inwentarz sąd opiekuńczy; gdy jednak chodzi o majętność nieruchomą, położoną w okręgu innego sądu, spisanie inwentarza i oszacowanie należy do tegoż innego, chociażby zagranicznego sądu, w którego okręgu nieruchomość leży — a który przedsięwziąć je winien na wezwanie sądu opiekuńczego. Gdyby ten inny sąd był w innym kraju koronnym lub za granicą, pozostawione być mu winno ustanowienie osobnego kuratora dla nieruchomości tamże położonej (§. 225 u. c.), — gdyby był w tym samym kraju koronnym, w którym znajduje się sąd opiekuńczy, potrzeby ustanowienia osob-

nego kuratora niema, lecz sąd, w którego okręgu nieruchomość leży, pozostawić powinien zarząd opiekunowi, przez sąd opiekuńczy ustanowionemu i nie ma prawa przywłaszczać sobie jurysdykcyi nad czynnościami tegoż opiekuna (§. 226 u. c.).

Inwentarze, sporządzone bądź przez sąd opiekuńczy bądź przez inne sądy, złożone być mają w sądzie opiekuńczym. Opiekun otrzymuje wierzytelny ich odpis (§. 224—226 u. c.; por. także § 37 i 117 normy jur. z 1895 r.). Osobnego oszacowania nieruchomości nie potrzeba, jeśli wartość ich z innych wiarogodnych źródeł da się wyśledzić (§. 224 u. c.). Do majątku nieruchomego należą także ruchomości, które stanowią przynależność jego i mają być za część majętności poczytane (§. 293 u. c.), — wszystkie inne, a nawet skrypta dłużne i kapitały na nieruchomości ubezpieczone, (por. §. 299 u. c.), należą do jurysdykcyi sądu opiekuńczego (§. 227 u. c.).

II. Stwierdzony w powyższy sposób majątek oddany zostaje opiekunowi z obowiązkiem, ażeby nim z uwagą właściwą rzetelnemu i gorliwemu ojcu rodziny zarządzał (§. 228 u. c.). Jednakże „zarząd“ ten w myśl przepisów ustawy redukuje się do bardzo nieznacznych rozmiarów. I tak: klejnoty i inne kosztowności tudzież skrypta dłużne i wszelkie ważniejsze dokumenty idą w sądowe przechowanie; opiekun otrzymuje tylko spis złożonych w depozycie sądowym przedmiotów i potrzebne mu do użytku odpisy dokumentów (§. 229 u. c.). Z gotowych pieniędzy pozostaje w ręku opiekuna tylko tyle, ile potrzeba do pokrywania bieżących wydatków na wychowanie pupila i zwyczajne prowadzenie gospodarstwa (§. 230 u. c. ust. 1.).

Inne w majątku pupila znajdujące się przedmioty mają być użyte w sposób dlań najpożyteczniejszy. I tak: zbędna po nad pozostawioną w ręku opiekuna gotowizna obróconą być powinna na spłatę istniejących długów lub inny pożyteczny użytek, a gdyby jej nie można użyć pożyteczniej, lokowaną na procent w kasach publicznych lub też za ustawowem bezpieczeństwem u osób prywatnych. Bezpieczeństwo jest ustawowem, jeśli skutkiem zabezpieczenia kapitał z doliczeniem poprzedzających ciężarów znajduje pokrycie na domach w pierwszej połowie wartości, na majętnościach ziemskich

i gruntach w pierwszych dwóch trzecich częściach wartości (t. zw. bezpieczeństwo pupilarne, §. 230, 1374 u. c.). — Inne przedmioty ruchome powinny być w ogólności drogą publicznej licytacyi przedane, jeśli ich zachowanie nie jest uzasadnione pamiątkowym ich charakterem, zarządzeniem ojca lub innym korzystnym użytkiem. Przytem ustawa pozwala na pozostawienie z wolnej ręki za cenę szacunkową sprzętów domowych do użytku rodziców lub spółdziedziców. Przedmioty, których przy publicznej licytacyi nie przedano, opiekun z wolnej ręki nawet niżej ceny szacunkowej sprzedać może (§. 231 u. c.). Majątek nieruchomy może być w ogólności przedany tylko w przypadkach koniecznej potrzeby albo z oczywistą dla pupila korzyścią, a to za pozwoleniem sądu opiekuńczego i z reguły drogą publicznej licytacyi. Wyjątkowo z ważnych powodów sąd opiekuńczy może pozwolić na przedaż z wolnej ręki (§. 232 u. c.) [1]).

III. Opiekun i sąd opiekuńczy są odpowiedzialni za to, ażeby zbędna gotówka jak najrychlej lokowana została sposobem korzystnym. Sąd pod tym względem wysłuchać powinien zdanie opiekuna i wydać mu odpowiednie polecenia, z których wykonania w terminie wyznaczonym opiekun sprawę zdać powinien (§. 193 pat. z 1854 r.).

Dozwolonymi sposobami lokacyi kapitałów osób opiece poddanych są: zakupno nieruchomości, udzielanie pożyczek osobom prywatnym za ubezpieczeniem prawnem na nieruchomościach, zakupno austryackich obligacyi państwowych lub innych obligacyi publicznych, które uznane są za zdatne do lokacyi kapitałów pupilarnych, wkładki w istniejących na podstawie rządowego pozwolenia austryackich kasach oszczędności i w urządzonych wedle szczególnych przepisów t. zw. spólnych kasach sierocych (§. 194. pat. r. 1854). Bliższe

---

[1]) Przepisy bardzo liczne o papierach, nadających się do lokacyi kapitałów sierocych, ob. w T. III. MANZA *Taschenausgabe oest. Ges.* wyd. FRIEDLÄNDERA 1896 przy §. 193 nast. pat. z 1854 r., także u STUBENRAUCHA 8. wydanie 1901. I. str. 299 n., przepisy o t. zw. zbiorowych kasach sierocych ob. MANZ cyt. zbiór: *Gesetze u. Verord. über das civilger. Depositenwesen u. die gem. Waisenkassen* wyd. 12. 1896.

szczegóły co do warunków wypożyczania kapitałów, szacowania majątków i innych sposobów lokacyi należą do postępowania w sprawach niespornych (§. 195—202 pat. z 1854 r.[2]).

IV. Dla utrzymania ewidencyi wszystkiego, co się do osoby małoletniego i jego majątku odnosi, sąd ma obowiązek prowadzenia t. zw. księgi opieki czyli sierocej (*Waisenbuch*). W tej księdze wpisane zostają imię i nazwisko, rok urodzenia małoletniego i wszystko to, co się zdarzyło przy objęciu, w ciągu i przy zgaśnięciu opieki (§. 207 u. c.). Tamże wskazane być winny dowody, za pomocą których tak sąd opiekuńczy, jako też i pupil, uzyskawszy pełnoletność, zaczerpnąć może autentycznych wiadomości o tem, co ze spraw opiekuńczych wiedzieć mu potrzeba (§. 208 u. c.). Sposób prowadzenia tej księgi określa instrukcya sądowa[3]).

---

[2]) W kod. gal. §. 210 I. nie było mowy o licytacyi. W pierwszym odczycie uchwalono odrzucić wniosek czeskiego Tryb. apel., który żądał, aby przedaż odbywała się drogą licytacyi, motywując odrzucenie tem, że zdarzyć się może, iż bez licytacyi wyższa cena osiągniętą zostanie, a — zwłaszcza gdy tylko część nieruchomości na przedaż jest wystawioną, — nie można się spodziewać korzystnej przedaży drogą licytacyi. (OFNER I. str. 187. §. 21). W drugim odczycie PRATOBEVERA odwołał się do praktyki galicyjskiej, która tłumaczy § ten tak, iż nieruchomości nigdy, a ruchomości zawsze drogą licytacyi przedawane być mają. — Chociaż tego zdania nie podzielał, podniósł kwestyę, czy nigdy wyjątków czynić nie należy. Skutkiem tego uchwalono, że licytacya ma być regułą dla przedaży nieruchomości, lecz w przypadkach uwzględnienia godnych można jej zaniechać (OFN. II. str. 359 §. 197).

[3]) Ob. §. 186. pat. z r. 1854 i form. IX. regul. sąd., rozp. z 5 maja 1897 L. 112 Dz. u. p. §. 235 — 237. 238. SCHAUER *Ger. Organ. Gesetze*, TAŁASIEWICZ do §. 186. pat. z r. 1854.

§. 484.

2) Zarząd majątkiem.

NIPPEL §. 131—142; ANDERS §. 57; *Grundr.* §. 87; KRAINZ §. 471.

Równorzędnie z obowiązkiem opiekuna starania się o osobę pupila, idzie obowiązek zarządzania jego majątkiem (§. 188, 209 u. c.), a więc starania się o utrzymanie tegoż majątku w stanie nieuszczuplonym, o osiągnięcie z niego pożytków na korzyść pupila, a w końcu o pomnożenie go, o ile to nastąpić może bez obawy strat.

Czynności te sprawować winien opiekun z uwagą właściwą rzetelnemu i gorliwemu ojcu rodziny (§. 228 u. c.), pod nieustającą kontrolą zwierzchniczej władzy opiekuńczej, a w wielu przypadkach pod jej bezpośredniem kierownictwem [1]).

---

[1]) Pod względem zarządu majątkiem pupilarnym głównie trzy systemy odróżnić można. Podług *Landr.* pruskiego właściwym zarządcą majątku pupilarnego był sąd. Małoletni był pupilem państwa (II. 18 §. 3, 6), opiekun był pełnomocnikiem państwa (§. 235), sąd opiekuńczy miał nietylko obowiązek i prawo kontroli lecz wprost kierowania czynnościami opiekuna (§. 237), wydawania mu poleceń (§. 236). Jestto najskrajniejszy system opiekuńczy. (DERNBURG *Preuss. Privatr.* III. §. 73). Doświadczenia niekorzystne, jakie z tym systemem poczyniono, doprowadziły w Prusiech do wydania t. zw. ordynacyi opiekuńczej z 8 lipca 1875 (DERNBURG §. 74.), która skłaniała się do systemu prawa pospolitego. Wedle tego systemu zarząd sprawuje opiekun podług swego uznania i na własną odpowiedzialność, a ograniczony jest istotnie tylko przy pozbywaniu. Władza zwierzchnicza jest przeważnie kontrolującą, a kontrola objawia się szczególnie w badaniu rachunków z zarządu. Natomiast z reguły władza nie może wydawać szczególnych poleceń opiekunowi, jak ma sobie w konkretnych sprawach postępować, — o ile tenże nie daje powodu do szczególnej ingerencyi sądu. — Jeszcze swobodniejszym jest system francuski, według którego opiekun przy niektórych aktach prawnych wiązany jest jedynie pozwoleniem rady familijnej a względnie sądu (art. 450—468 kod. Nap. DEMOLOMBE *Cours* str. 409 n.), por. art. 422—450 kod. Król. Polsk. (OKOLSKI Zasady pr. cyw. str. 188—198), przyczem kontrola

W tym celu oddany mu jest pewien zakres działania, w którym już z mocy swego urzędu czynności zarządu samodzielnie sprawować może. Zakres ten, który można nazwać zakresem własnym, obejmuje sprawy, należące do zwykłego trybu gospodarstwa, a więc takie, które odnoszą się do utrzymania (konserwacyi) majątku istniejącego i zwyczajnego użytkowania jego, po za tem zaś sprawy mniejszej wagi (§. 233 u. c. ust. 1.) [2]). W sprawach zaś, które wykraczają po za zwykły tryb gospodarstwa, albo są większej wagi, opiekun żadnych czynności podejmować nie może bez pozwolenia sądu opiekuńczego (§ 233 u. c).

Kwestya, czy pewna czynność opiekuna do jednej czy do drugiej kategoryi należy, ocenioną być musi podług za-

państwa polega na ustanowieniu t. żw. opiekuna przydanego (*tuteur subrogé*). — Najnowszy kod. niem. obrał drogę pośrednią, krępuje wprawdzie znacznie działalność opiekuna, jednakże ułatwia zadanie sądu opiekuńczego przez spółdziałanie gminnych rad sierocych (§. 1849), fakultatywne wprowadzenie rad familijnych (§. 1858) i opiekuna przydanego (*Gegenvormund* — który to wyraz tłum. polskie kod. oddaje niewłaściwie „opiekun przeciwny“, — ob. jednak ZAWADZKI Kod. cyw. Król. Polsk.). — Podobnie proj. węg. §. 361—455. Pr. austr. przeważnie poszło za wzorem *Landr.* pruskiego. Argumenta przemawiające za swobodniejszem stanowiskiem opiekuna ob. w *Mot. 1. Lesung* kod. niem. IV str. 1024.

[2]) Wyrażenie się I ustępu §. 233 u. c. możnaby tłumaczyć sobie w dwojaki sposób:

A. Własny zakres obejmuje

a) wszystkie sprawy zwykłego trybu gospodarstwa,

b) z po za tych spraw: sprawy mniejszej wagi. (Wymagałyby więc zatwierdzenia tylko sprawy większej wagi, nie należące do zwykłego trybu gospodarstwa).

B. Własny zakres obejmuje:

tylko te sprawy zwykłego toku gospodarstwa, które są zarazem mniejszej wagi; — wymagałyby więc zezwolenia sądowego wszystkie akta ważniejsze bez względu, czy należą do zwykłego trybu czy po za niego wykraczają.

Przeciw interpretacyi B przemawiałoby, że w takim razie wzmianka o sprawach zwyczajnego trybu gospodarstwa byłaby zbyteczną, więc wedle zasady, że ustawa nic niepotrzebnego nie zawiera, raczej przychylićby się można do interpretacyi A. — Z wymienionej zasady interpretacyjnej należy jednak, wobec tendencyi autorów do zrozumiałości ustawy,

chodzących w danym przypadku okoliczności. Niektóre wszakże sprawy ustawa uznaje już z góry jako sprawy większej wagi, a zatem wyklucza co do nich ocenienie ich ważności w konkretnych przypadkach[3]), zastrzegając sądowi opiekuńczemu możność pozwolenia lub zabronienia.

---

korzystać ostrożnie. Powód, dla którego ustawa zastrzega sądowi pozwolenie dla niektórych spraw, polega na doniosłości ich dla pupila. Otóż ustawa widocznie wychodzi z założenia, że w zwykłym toku gospodarstwa nie ma spraw większej doniosłości, czyli że, jeśli jakaś sprawa gospodarcza ma większą doniosłość, nie należy już do zwykłego trybu gospodarstwa, a więc podlega pozwoleniu sądowemu. Uwalnia zaś sprawy zwykłego trybu od tego pozwolenia dlatego, bo inaczej tryb ten byłby zbyt utrudniony, – a gdyby nawet sprawy takie źle poprowadzone były, przyniosłoby to mniejszą szkodę, aniżeli, gdyby i do takich spraw pozwolenia zasięgać musiano.

[3]) W tem znaczeniu wyliczenie w §. 233 u. c. rodzajów spraw wymagających pozwolenia sądowego jest wyczerpującem a twierdzenie komentatorów i rozszerzone w praktyce zdanie, że wyliczenie to jest przykładowem, uważam za mylne i nie odpowiadające widocznemu z obrad zamiarowi prawodawcy. Jak świadczy protokół obrad o §. 211 kod. gal.(OFNER I. str. 188 §. 211, II. str. 359, 360 §. 198, 199. II. str. 514, 515, §. 224) nad każdą niemal z wymienionych tu spraw debatowano i spierano się o to, czy i o ile wymagać należy pozwolenia sądowego. Zgodzono się najpierw na ogólną przez ZEILLERA wypowiedzianą zasadę, że sprawy ważne wymagają pozwolenia, mniej ważne nie. Gdy jednak kwestya prejudycyalna, czy jaka sprawa jest ważna czy nie, przy tak ogólnikowem postawieniu zasady, z konieczności musiałaby być pozostawioną ocenieniu konkretnego przypadku, musieli autorowie, uważając niektóre sprawy już z góry za ważniejsze, wymienić je w tym celu, aby je od oceniania w konkretnych przypadkach uchylić. Wymienione więc w §. 233 sprawy zawsze, bez względu na to, czy tyczą się wielkich rzeczy, czy drobnych, wymagają pozwolenia — *a contrario* zaś wynika stąd, że sprawy nie wyliczone specyalnie wymagają go tylko, jeśli są większej wagi. Że takim był zamiar autorów, świadczy przebieg obrad nad kwestyą, o ile zawieranie ugód wymaga specyalnego pozwolenia, o czem poniżej w uw. 11. Praktyka rozstrzyga najczęściej za potrzebą zatwierdzenia sądowego. v. BADENFELD *Einige prakt. Fragen* w *Z. f. ö. R.* 1846 I. str. 472 sądzi n. p., że opiekunowi nie wolno bez pozwolenia sądowego przyjąć ani zmienić ekonoma, ani też dawać mu jakiejkolwiek instrukcyi!

Są to sprawy następujące (§. 233 u. c.):

1. Zrzeczenie się lub bezwarunkowe przyjęcie spadku [4]).

2. Pozbywanie przedmiotów majątkowych pieczy opiekuna powierzonych, a więc takich, które mu przez sąd, bądź przy objęciu opieki, bądź też później pod dozór, a zatem w tym celu oddane zostały, ażeby stale w majątku pozostawały a po ustaniu opieki pupilowi zwrócone zostały [5]), przyczem ustawa nie odróżnia, czy to są rzeczy ruchome czyli też nieruchomości.

3. Zawieranie kontraktów dzierżawnych bez różnicy, czy pupil jest wydzierżawiającym czy dzierżawcą [6]), z czego wynikałoby, że kontrakty najmu podpadałyby pod ogólną zasadę i tylko w miarę ich większej ważności wymagałyby pozwolenia sądowego [7]). Jednakże później (§. 189 pat. z r. 1854), przepisane zostało, iż nawet do zwyczajnych kontraktów najmu potrzeba ogólnego przynajmniej upoważnienia, a z drugiej strony,

---

[4]) Stąd wynika, że warunkowego przyjęcia spadku (z t. zw. dobrodziejstwem inwentarza §. 802 u. c.) ustawa nie uważa z reguły za wymagające pozwolenia sądowego, widocznie dlatego, bo nie naraża pupila na żadną stratę. O przyjęciu zapisu ustawa nie wspomina, ponieważ przepisy spadkowe tegoż nie wymagają. Twierdzenie niektórych komentatorów, jakoby do przyjęcia zapisów analogicznie powyższy przepis stosować należało, uważam za bezprzedmiotowe. Zrzeczenie się zapisu natomiast wymaga jako rodzaj pozbycia niewątpliwie pozwolenia sądowego. (Ob. poniżej w tekście pod 2).

[5]) Nie podchodzi więc pod ten zakaz pozbywanie pożytków majątku, o ile one w zwyczajnym toku gospodarstwa przedawane być muszą dla zyskania dochodów — przyczem o kwestyi, co do pożytków takich należy, podług natury rzeczy i przepisów o użytkowaniu rozstrzygać wypadnie. N. p. przedaż zboża lub wyprodukowanej w gorzelni wódki, przedaż wołów opasowych przy gorzelni, zmiany t. zw. inwentarza żywego, przedaż drzewa w t. zw. kolei rębowej według planu gospodarczego, przedaż produktów kopalnianych podług prawideł górnictwa i t. p.

[6]) *Lege non distinguente.* Tak ZEILLER I str. 480.

[7]) Wykluczenie wszelkiej, choćby najdrobniejszej dzierżawy z wolnego zakresu opiekuna, było pierwotnie w zamiarze autorów. PRATOBEVERA zwracał uwagę na to, że wedle tego przepisu opiekun może samowładnie wynająć duży dom, a małej łączki wydzierżawić nie może. Nikt temu nie przeczył,

iż do wydzierżawienia poszczególnych cząstek majętności ziemskiej także ogólne upoważnienie wystarczy [8]).

4. Wypowiadanie kapitałów z prawnem bezpieczeństwem ulokowanych [9]). Inne, nie tak ubezpieczone, opiekun może, a nawet powinien sam wypowiadać i ściągać (§. 236 u. c. — ob. poniżej).

5. Odstępowanie wierzytelności [10]).

6. Zawieranie ugód sądowych [11]).

---

a mimo to pozostawiono tekst pierwotny, ponieważ zdaniem reszty wotantów należy odróżniać *die Gattung der Geschäfte nicht aber auch ihre Art...* a dalej argumentowano: *dem armen Bauer ist an der Verpachtung seiner Tagwerkwiese mehr gelegen als an der Vermiethung seiner Hütte*; — *zufälliges Eintreffen besonderer Verhältnisse könne an der allgemeinen Ansicht nichts ändern...* Por. także głos wiceprezydenta, OFNER II. str. 363 na dole. Dla interpretacyi ustępu o dzierżawach por. także d. k. n. z 2 września 1819. dla prow. lomb. weneckiej GELLER *Gr. Ausg.*

[8]) Przepowiedziane przez PRATOBEVERĘ (ob. uw. 7) niedogodności doprowadziły do tej zmiany przepisu o dzierżawie i najmach. Że zaś §. 189 pat. deroguje przepisowi §. 233 u. c., niema wątpliwości. Por. orz. 361., które nie żądało zatwierdzenia kontraktu najmu, na dłuższy czas zawartego, z tego tylko powodu, że tenże był zawarty przed nadejściem mocy obowiązującej pat. z r. 1854.

[9]) Wypowiadanie takie byłoby najczęściej bezcelowem, gdyż kapitał musiałby być na nowo pupilarnie ubezpieczony.

[10]) Przepis ten mieści się właściwie już w ogólnym zakazie pozbywania. Ob. w tekście pod 2.

[11]) Kod. gal. wymagał zatwierdzenia jedynie dla ugód w większych procesach (*beträchtliche Rechtsstreite*). Monita żądały opuszczenia wyrazu *beträchtlich*, ponieważ jestto pojęcie względne. Chociaż referent sprzeciwił się temu wnioskowi, opuszczono ten wyraz, wychodząc z założenia, że opiekun nie powinien samowładnie żadnej ugody zawierać. Wytaczania sporów ustawa nie uznaje za sprawę wymagającą koniecznie pozwolenia sądowego. Mimo to jednakże praktyka sądowa wymaga przeważnie takiego upoważnienia bez względu na ważność przedmiotu sporu, wychodząc z mylnego — jak wyżej starano się udowodnić — założenia, że wyliczenie spraw, wymagających pozwolenia, jest tylko przykładowem. Tymczasem protokoły dowodzą, że nie było zamiarem autorów zaliczyć do tych spraw wytaczania procesów. O wytaczaniu sporów lub

7. Podejmowanie, prowadzenie lub zaniechanie fabryki, handlu lub przemysłu.

Po za temi tu wymienionemi sprawami ustawa wymienia jeszcze inne, przy których załatwianiu wymaga pozwolenia sądu. I tak:

8. Nie wolno opiekunowi bez wiedzy sądu przyjmować zwrotu kapitałów pupila, zaczem dłużnik dla bezpieczeństwa swego winien żądać okazania mu upoważnienia sądowego do odbioru i nie może zadowolnić się kwitem samego opiekuna. Wolno mu jednak uskutecznić zapłatę wprost do sądu (§. 234 u. c.). Wobec tego, że zakaz przyjmowania odnosi się tylko do kapitałów, rozumie się, że procent, albo inne, jako pożytki przedstawiające się spłaty (jak n. p. czynsze najmu lub dzierżawy, ceny kupna przedanych w toku gospodartwa ziemiopłodów i t. p.) sam przyjmować i kwitować ma prawo.

---

wdawaniu się w spory przy pierwszym odczycie nie było wcale mowy (OFNER str. 188 §. 211). Dopiero w ciągu drugiego odczytu ZEILLER proponował, aby opiekunowi nie wolno było wdawać się w spory samowładnie ani jako powód, ani jako pozwany. Ten wniosek jednak odrzucono wszystkimi głosami z powodów przez AICHENA wypowiedzianych, że nie jest w mocy opiekuna zaniechać wdania się w spór przed pozwoleniem sądu, że w ogóle należy polegać, iż opiekun, skoro go władza zaufaniem obdarzyła, dobro pupila będzie miał na względzie, że nawet w razie nieostrożnego lub namiętnością podyktowanego wdania się w spór pupilowi nie wielka szkoda wyniknie, gdyż — co najwyżej — na koszta skazany będzie, a w końcu i głównie, że skutkiem potrzeby pozwolenia na spór, sądy najczęściej w niemiłe wchodziłyby położenie rozpatrywania przedmiotu sporu i orzekania tymczasowo o słuszności lub niesłuszności roszczenia, a tem prejudycyum uniemożebniłyby sobie późniejsze orzeczenie (OFNER II. str. 359.). Tak też ZEILLER I. str. 482. słusznie twierdzi, że potrzeba pozwonia powinna być w przypadkach wdania się w spór oceniona podług ważności sprawy. Tak więc proces, jeśli jego przegranie naraża małoletniego tylko na koszta sporu, byłby mniejszej wagi, inaczej gdyby n. p. miał rozstrzygać o ślubnem pochodzeniu pupila, o zniesieniu lub zatrzymaniu spólności o ważności lub nieważności testamentu i t. p. Por. orz. 362, 2881. — Ob. także *Mot. 1. Lesung* kod. niem. IV. str. 1146 n.

Interesów kredytowych ustawa nie wymienia jako takich, do których wymagane byłoby zawsze pozwolenie sądowe, z czego wynika, że interesa takie, w szczególności pożyczka, kupno i przedaż na kredyt, obciążenie zastawem czyli t. zw. lombard, zobowiązania z rachunków bieżących i t. p. ważne są bez upoważnienia sądowego o tyle, o ile wchodzą w samodzielny zakres opiekuna a więc albo należą do zwykłego trybu gospodarstwa, albo też nie przekraczają miary ważności określonej w §. 233 u. c. — co znowu oceniać należy wedle zachodzących w konkretnym przypadku okoliczności [12]).

---

[12]) Nie jest bowiem prawdą, iżby interes kredytowy (*Borggeschäft*) zawsze był interesem ważnym, albo iżby nigdy nie mógł należeć do zwykłego trybu gospodarstwa. Jeśli n. p. opiekun nie mając chwilowo gotówki, kupi na kredyt zboże na zasiew, albo partyę drzewa przeda na kredyt — albo jeśli mając gotowe pieniądze z dochodów pochodzące, złoży je chwilowo na rachunek bieżący w banku, lub zakupi za nie efekta wartościowe w tym celu, aby za pomocą t. zw. interesu lombardowego mieć możność uzyskania w chwili potrzeby gotówki na opędzenie wydatków bieżących, — jeżeli, mając n. p. za dni parę podnieść kupony, a chwilowo nie mając gotówki, bierze w sklepie na kredyt towary, albo każe sobie w księgarni lub w sklepie korzennym otworzyć rachunek, który zobowiąże się półrocznie wyrównywać, jeżeli n. p. chcąc sobie zapewnić robociznę, wypłaca naprzód pewne kwoty robotnikom, którzy je odrabiać mają i t. p., czyż nie są to interesa kredytowe, należące do zwykłego gospodarstwa, które wpośród okoliczności są nieuniknione? Dlaczegóż miałby pupil być pozbawiony tych ułatwień i dogodności, jakie każdemu nastręczają podobne interesa? Często też nieprzewidziane wypadki sprowadzają konieczność zobowiązywania się doraźnego, które nie dopuszcza zasięgania pozwolenia sądowego. Czy n. p. dlatego, że opiekun nie może zaciągać pożyczek bez pozwolenia sądu, miałaby być nieważną pożyczka zaciągnięta na opłacenie lekarza w nagłym przypadku choroby? Co więcej nawet i darowizna może być czasem konieczną (napitki, nadzwyczajne wynagrodzenia służby, noworoczne, por. ZEILLER str. 783). Nie należy tu zarzucać, że opiekun może postarać się dodatkowo o zatwierdzenie sądowe, bo interesa takie, które są w jego zakresie a nie wymagają zatwierdzenia, powinny być wolne od ewentualności odmowy zatwierdzenia, gdyż tego wymaga nie tylko interes opiekuna, lecz i osób trzecich, które — przypuśćmy — pieniądze dają i dać

9. W sprawie lokacyi kapitałów pupilarnych opiekun winien o taką lokacyę zawsze wcześnie się starać[13]. Skoro więc kapitał na procent lokować wypadnie, powinien lokacyę przygotować z wymaganem w ustawie bezpieczeństwem; do uskutecznienia tej lokacyi musi jednakże zasięgnąć pozwolenia sądowego (§. 235 u. c.). Stąd wynika, że i cena kupna przedanego z majątku pupila przedmiotu zawsze należycie ubezpieczoną być winna[14]).

Interesa, które wymagają w myśl powyższych przepisów pozwolenia sądowego, są nieważne, jeśli pozwolenie to nie nastąpi.

---

mogą tylko w przekonaniu, że zwrot nie będzie zależał od zapatrywania się sądu opiekuńczego. Mylne zaś mojem zdaniem najzupełniej jest uzasadnianie potrzeby pozwolenia sądowego powoływaniem się na przepisy o pełnomocnictwie, a w szczególności na to, że podług §. 1008 u. c. do wymienionych tamże interesów potrzeba specyalnego pełnomocnictwa. Podług §. 1034 u. c. rozstrzygające są bowiem dla opiekuna zasady prawa opiekuńczego, nie zaś kontraktu pełnomocnictwa. Historya tego §. wykazuje, że pierwotnie był zamiar określenia upoważnień opiekunów i kuratorów podług zawartych dla kontr. pełnomocnictwa zasad. ZEILLER w 1. odcz. wnosił: *Die hier aufgestellten Vorschriften sind auch auf die vom ... Gerichte bestimmten Sachwalter anzuwenden...* sam jednakże potem cofnął tenże wniosek uznając go za niepotrzebny (OFNER II. str. 57. §. 126). Później dopiero, gdy chodziło o wciągnięcie t. zw. *negot. gestio* do rozdziału o pełnomocnictwie, zaczęto formułować przejście od kontraktu pełnom. do innych przypadków zastępstwa i zmieniono odpowiednio napis rozdziału dodając do pierwotnego *Von der Bevollmächtigung* wyrazy: *und anderen Arten der Geschäftsführung.* Po długich debatach ZEILLER sformułował wzmiankę o zastępstwie przez opiekunów i kuratorów tak, jak opiewa §. 1034 u. c z wyraźną wskazówką: *Hierüber sind die Vorschriften an den gehörigen Orten enthalten.* (OFN. II. str. 171 — 179), z czego widać, że autorowie zdecydowali się nie dopuścić do analogicznego zastosowania przepisów o pełnomocnictwie do zastępstwa sądowego (i ustawowego).

[13]) Podług §. 213 k. gal. opiekun miał tylko obowiązek donieść sądowi o potrzebie, sąd zaś sam miał się starać o lokacyę. Na opiekuna nałożono ten obowiązek na wniosek SONNENFELSA (OFNER I. str. 189).

[14]) Por. orz. 509, 613.

II. Do obowiązków opiekuna należy też i obowiązek postarania się o dowody dokumentowe na wierzytelności, na które takich dowodów nie ma, i o ubezpieczenie kapitałów, które prawnego ubezpieczenia nie mają. Jeśli takie kapitały w majątku się znajdują i zabezpieczyć się nie dadzą, opiekun winien je, skoro staną się płatne, ściągnąć. Tylko rodziców ustawa pozwala oszczędzać o tyle, że gdyby ściągnięcie takiego kapitału, choćby nie należycie ubezpieczonego, było im utrudnione bez przedaży nieruchomości lub zaniechania przemysłu, należy im go pozostawić, jeśli przez to pupil prawdopodobnie na utratę jego nie jest narażony (§. 236 u. c.)[15].

§. 485.

3. Spółdziałanie przy aktach prawnych.

NIPPEL §. 155—160; ANDERS §. 58; *Grundr.* §. 82; KRAINZ §. 471; HORTEN *Processfähigkeit* w GELLERA *Centralbl.* XIX. str. 865 n.

I. Opiekun albo działa zamiast pupila, — a działać tak musi wówczas, gdy pupil zupełnie pozbawiony jest zdolności do działania, — albo też działa obok pupila w tych przypadkach, w których zdolność tegoż ostatniego jest tylko ograniczoną. W tym ostatnim przypadku działanie opiekuna przedstawia

[15]) Cenne i trafne uwagi pod względem zastosowania przepisów kod. cyw. o zarządzie opiekunów do stosunków włościan galicyjskich podaje TAŁASIEWICZ l. c. str 391 n. Zadania, jakie tu mają sądy opiekuńcze, są tak trudne, że sędzia obarczony nadto mnóstwem innych czynności, podołać im nie może. Dla braku inteligentnego materyału ludzkiego nie pomogą tu ani opiekunowie przydani, ani rady familijne, zdaje się jednak, że najskuteczniejszem byłoby utworzenie miejscowych rad sierocych, do których obok członków reprezentacyi gminnych wciągnąćby należało żywioły inteligentne (miejscowych duszpasterzy, nauczycieli i t. p.), co zaradziłoby w wielkiej części niedogodnościom wynikającym stąd, że sędzia od zielonego stolika kierować musi zarządem majątków sierocych, mając do pomocy tylko krewnych, nie zawsze interes małoletniego na oku mających. Ob. wyżej §. 480 uw. 9.

się jako uzupełnienie zdolności pupila do działania, konieczne dla nadania działaniu tegoż skutku prawnego.

Rozumie się, że spółdziałanie opiekuna z pupilem wystarczy do nadania prawnej mocy tylko aktom prawnym, które opiekun przedsięwziąć może bez ingerencyi sądu. Jeżeli zaś sam interes wymaga pozwolenia sądu, to i spółdziałanie opiekuna takiego pozwolenia wymaga.

Nadto ustawa zna akty prawne, w których nawet i interwencya opiekuna jest zbyteczną, a inne, w których jest wykluczoną.

1.) Bez udziału opiekuna małoletni ma prawo własną czynnością dozwoloną nabywać, — niczego jednakże bez pozwolenia opiekuna (ewentualnie i sądu opiekuńczego) ze swego majątku odpłatnie ani bezpłatnie pozbywać, ani też żadnych zobowiązań na siebie brać nie może (§. 244, 865 u. c.) [1]), Posiadanie sam dla siebie ważnie nabywać może, jeśli przekroczył lata dziecinne (7. rok życia — §. 310 u. c.) [2]).

2.) Jeśli małoletni najął się do usług bez przyzwolenia opiekuna, tenże bez ważnej przyczyny odwołać go nie może przed umówionym lub w ustawie oznaczonym czasem (§. 246 u. c. ust. 1). Czy przyczyna odwołania jest ważną, ocenić należy podług zachodzących w danym przypadku okoliczności, ze stanowiska interesu małoletniego [3]). Takie zobowiązanie

---

[1]) W ciągu pierwszego odczytu zastanawiano się nad kwestyami: czy i o ile drugi kontrahent wiązany jest aktem obustronnym, samowolnie przez małoletniego zawartym, czy i o ile zapłata małoletniemu uskuteczniona pozostaje ważną, czy i o ile spłata przez już pełnoletniego uskuteczniona sanuje nieważność aktu w małoletności zawartego, o ile dopuszczalne są *actio de in rem verso* i *Senatusc. Macedonianum.* Słusznie referent odroczył rozstrzygnięcie tych kwestyi do obrad nad odnośnemi materyami (OFNER I. str. 193 §. 224).

[2]) Ob. o tem wyżej II. § 137.

[3]) O poprawniejszej w stosunku do §. 225 k. gal. stylizacyi tego §-fu ob. OFNER I. str. 194 n. — Że przy odwołaniu małoletniego rozstrzygać powinny tylko względy na niego, wynika stąd, że z reguły umowa taka musiałaby być nieważną, a jeśli wyjątkowo ustawa pozwala na moc obowiązującą, to tylko wówczas, jeśli opiekun, który wyłącznie tylko interes małoletniego zastępuje, nie znajdzie ważnych względów dla jej uchylenia.

małoletniego ważnem jest jednakże tylko pod względem jego usług osobistych. Gdyby więc małoletni obok tego przyjął obowiązki majątkowe, umowa taka do ważności swej wymagałaby przyzwolenia opiekuna ewentualnie i sądu opiekuńczego (§. 244, 865 u. c.)[4]).

3.) Tem, co w sposób pod 2. wymieniony, albo i w inny sposób własną pracą nabywa, tudzież tem, co po dojściu do wieku dojrzałości do użytku wręczone mu zostało[5]), małoletni może dowolnie rozrządzać i ważnie się zobowiązywać (§. 246 u. c. ust. 2).[6]).

4.) Gdy małoletni ukończy dwudziesty rok życia, sąd opiekuńczy pozostawić mu może do dowolnego zarządu czystą nadwyżkę dochodów. Jako czysta nadwyżka poczytaną być

---

[4]) Por. orz. 14179, w którem aktorkę małoletnią uwolniono z tego powodu od obowiązku płacenia kary za niedotrzymanie kontraktu.

[5]) O tem postanowieniu długie odbyły się rozprawy w kom. prawod. Chodziło mianowicie głównie o to, czy należy ograniczać małoletniego w rozrządzaniu tem, co własną pracą zarobił. Referent sądził, że niebezpiecznem byłoby pozostawiać mu zarobek, gdyby tenże znacznie przekraczał koszta utrzymania, przyczem wskazał na młodych artystów, którzy stosunkowo znaczne mają dochody. Większością głosów postanowiono jednak nie ograniczać małoletnich w dyspozycyi, obawiano się bowiem, że ograniczenia takie zdolne będą zniechęcać małoletnich do własnej pracy, że dalej dla rozsądnych i moralnych są niepotrzebne, a lekkomyślni i niemoralni kłamstwem i wybiegami uchylać się od nich będą. — ZEILLER chciał też wyraźnie dodać, że to postanowienie odnosi się także do małoletnich, pod władzą ojcowską zostających. Przeciwko temu wystąpili wiceprezydent HAAN, SONNENFELS I SCHMIDFELD ze zdaniem, że co do takich, którzy pod władzą ojcowską zostają, należy zostawić wszystko ocenieniu i woli ojca, po którym można się spodziewać, że dobrze dzieciom życzy. — Chcąc zaś *ipso facto* zaprowadzić nad takimi małoletnimi nadzór sądowy, okazanoby nieuzasadnioną nieufność. Ob. cyt. wyżej w §. 470 uw. 14 (przy końcu) argumenty wicepr. HAANA (OFNER I. str. 197).

[6]) Różnica między małoletnim pod opieką, a małoletnim pod władzą ojcowską zostającym jest ta, iż tenże ostatni może tem, co nabędzie własną pilnością, rozrządzać swobodnie tylko wówczas, jeśli nie jest na utrzymaniu rodziców. HORTEN l. c. str. 875.

może tylko to, co po opędzeniu kosztów wychowania i utrzymania pozostaje [7]). Co do tej nadwyżki ma również zdolność samodzielnego zobowiązywania się (§. 247 u. c.) [8]).

---

[7]) ZEILLER I. str. 505.

[8]) Por. SCHUSTER *Zur Frage der Verpflichtung Minderjähriger aus eigenmächtig abgeschlossenen Verträgen* w *Ger. Zt.* N. 28 z r. 1900. Spornem jest czy dla uzasadnienia odpowiedzialności rzeczowej małoletniego potrzeba, aby w umowie, mocą której tenże zobowiązanie po myśli §. 246 i 247 u. c. na siebie bierze — wymienione były owe do dyspozycyi oddane przedmioty (jak tego wymaga HASENÖHRL *Obl. R.* I. wyd. 2. str. 392, ob. także STUBENRAUCH wyd. 8. I. str. 318), czyli też odpowiedzialność rzeczami temi wchodzi w życie *ipso jure*, skoro małoletni takie zobowiązania zaciągnie. — Podług mego zdania ustawa chciała w przypadkach §. 246 i 247 u. c. małoletniego uczynić własnowolnym częściowo tj. w granicach majątku do wolnej dyspozycyi mu pozostawionego, tak, jak gdyby żadnego innego nie miał. — Wierzyciele mogą więc poszukiwać swych praw na tymże do dyspozycyi pozostawionym majątku. Jeśli na reszcie majątku chcieliby poszukiwać, muszą mieć spółudział opieki. Ani jedno, ani drugie z powyższych zdań nie wydaje mi się więc prawdziwem, gdyż obydwa wychodzą z założenia, że ci wierzyciele mają prawo poczytywać przedmioty, małoletniemu zostawione, za swój wyłączny fundusz zaspokojenia, tak że inni tj. ci, którzy kredytowali za upoważnieniem sądowem, albo też którzy mają pretensyę do małoletniego nie z aktów prawnych pochodzącą, nie mogliby tego funduszu dla swego zaspokojenia używać. Byłoby to jakieś prawo zastawu z ustawy, którego ustawa nie zna. Por. orz. 13140. — Inną poruszoną sporną kwestyą jest, czy małoletni mógłby być zniewolony do przysięgi manifestacyjnej, gdyby takie przedmioty usunął. Kwestya ta zd. m. powinna być rozstrzyganą znowu podług ogólnych zasad, istniejących dla pełnoletnich. Podobnie się rzecz ma z kwestyą, czy odjęcie takich przedmiotów przez opiekę z pod dyspozycyi małoletniego daje podstawę do opugnowania tej czynności. Jeśli ono nastąpiło *in fraudem creditorum*, skarga opugnująca ten akt będzie uzasadnioną (§. 2 i 29 ust. z 16 marca 1884 L. 36 dz. u. p.). Że zaś dla wierzycieli rozstrzygającym jest stan majątku do dyspozycyi małoletniego zostającego, w chwili, gdy egzekucyę prowadzą, a nie ten który istniał w chwili zawarcia umowy, w obec tego co powyżej nadmieniono, rozumie się samo przez się. We wszystkich tych kwestyach spornych inaczej SCHUSTER w cyt. na wstępie artykule i STUBENRAUCH wyd. 8.

Wykluczone jest spółdziałanie opiekuna przy rozporządzeniu ostatniej woli małoletniego osobistym tegoż aktu charakterem (§. 564. u. c.)[9]).

II. Jak to z natury rzeczy wynika, spółdziałanie opiekuna odnosić się może tylko do aktów prawnych: z czynności zabronionych odpowiada małoletni samodzielnie osobą i majątkiem. skoro przekroczył wiek dziecięcy (§. 1308. 248 u. c. ost. ust.). Jako przestępstwo, uzasadniające odpowiedzialność małoletniego za t. zw. *culpa in contrahendo*, poczytuje ustawa, jeśli małoletni, który przekroczył dwudziesty rok życia, przy zawieraniu interesu wydaje się za pełnoletniego i wprowadza tem w błąd drugiego, który o jego małoletności nie mógł się łatwo przekonać[10]). Nie wystarcza tu samo zamilczenie małoletności[11]), natomiast obojętnem jest, czy wyraźnie przedstawił się jako pełnoletni. czyli też chęć wprowadzenia w błąd z zachowania się jego wynika[12]).

Również nie potrzeba spółdziałania opiekuna do ważności innych zobowiązań, powstających po za aktami prawnymi, jak np. z prowadzenia interesów bez zlecenia, z t. zw. *versio in rem*, znalezienia cudzej rzeczy, spłodzenia dziecka, itp.

III. W procesach nie wolno małoletniemu w ogólności stawać w sądzie, czy to jako powód, czy jako pozwany, lecz musi go zastępować opiekun. lub też zastępca przez tegoż ostatniego ustanowiony (§. 243 u. c.). W sporach jednakże mających za przedmiot to jedynie, czem małoletni stosownie

---

I str. 317—319. — Ob. moją recenzyę 8. wyd. STUBENRAUCHA Przegl. pr. i adm. 1901 str. 964.

[9]) O tem poniżej w nauce i prawie spadkowem będzie mowa.

[10]) Ob. o tem wyżej III. §. 274 przy uw. 15—18 i cyt. tamże orz. najw. tryb.

[11]) Orz. 2497, 3535, 12045, — przeciwnie 14171.

[12]) Orz. 10, 1426, 4884, 6326. — Obok takiego wprowadzenia w błąd wymaga ustawa jako drugi warunek odpowiedzialności, ażeby druga strona nie mogła się łatwo dowiedzieć o niewłasnowolności. Dla tego nawet oszustwo małoletniego nie wystarcza do uzasadnienia odpowiedzialności jego majątkowej, jeśli nie zachodzi ten drugi warunek; por. orz. 7900. Inaczej jednak orz. z 14. listopada 1901. *Centralbl.* 1902 Nr. 128.

do §. 246 i 247 u. c. swobodnie rozrządzać może, nie potrzeba spółdziałania opiekuna (§. 2. proc. sąd. z r. 1895)[13]).

W sporach o rozdział od stołu i łoża, o nieważność małżeństwa lub rozwód, małoletni, o ile chodzi o jego wyłącznie osobowe prawa, ze spólności małżeńskiej wynikające, może się sam zastępować, — sąd jednakże winien wzywać także zastępców prawnych do rozprawy (§. 5 i 13 pat. z 23. sierpnia 1819 L. 1595 zb. u. s. i rozp. min. z 9. grudnia 1897 L. 283 dz. u. p.).

W sprawach niespornych może małoletni albo sam, albo na wezwanie sądu wnosić podania i zażalenia bez interwencyi opiekuna (§. 52, 148, 181, 217, 252 u. c., §. 185, 190 pat. z r. 1854), jednakże sądy nie mogą pozwolić na przedsiębranie aktów prawnych przez osoby, które same przed sądem stawać nie mogą, bez przywołania ich zastępców prawnych (§. 2. ust. 2 pat. z r. 1854)[14]).

§. 486.

4. Rachunki opiekunów.

NIPPEL §. 145—152; ANDERS §. 59; *Grundr.* §. 83; KRAINZ §. 471.

1. Nadzór sądu opiekuńczego nad zarządem opiekunów uwydatnia się głównie w obowiązku tychże składania sądowi peryodycznych rachunków (§. 238 u. c.), a to pod zagroże-

---

[13]) Uwaga STUBENRAUCHA 8 wyd. I. str. 322 pod IV, że małoletni także w sprawach o wynagrodzenie szkody przestępstwem spowodowanej może stawać w sądzie bez interwencyi opiekuna, jest mylną, ponieważ §. 2 pr. sąd., na który się STUBENRAUCH powołał, pozwala mu stawać tylko w tych sprawach, w których podług §. 246 i 247 (także §. 151 u. c.) sam zobowiązywać się może, — odpowiedzialność jego za przestępstwa zaś polega na §. 248 u. c. Pod tym względem więc nowa procedura nie zaprowadziła nic nowego. Por. zapadłe za dawnej proced. orz. 1676.

[14]) W sprawach karnych por. §. 282, 283, 346 i 465 proc. karn. — w sprawach o przestępstwa skarbowe §. 614, 615, 654, 655, 782, 831, 832 ust. karnej o przest. skarb. i rozp. min. z 13. marca 1850 L. 119 dz. u. p.

niem odpowiednich do okoliczności środków przymusowych (§. 239 u. c., §. 213 pat. z 1854).

Uwolnionym od tego obowiązku może być opiekun:

a) jeśli ten, z którego dobrowolnego daru majątek pochodzi, od tego obowiązku go zwolni [1]);

b) jeśli go zwolni sąd, nabrawszy przekonanie, że przychody małoletniego nie przenoszą wydatków na utrzymanie i wychowanie.

Jednakże i w tych przypadkach winien opiekun wykazywać stan majątku zakładowego i zdawać sprawę o osobie pupila, jeśli pod tym względem zaszła jaka znaczniejsza zmiana (§. 238 u. c.), wszelako już nie peryodycznie, lecz tylko na wezwanie sądu opiekuńczego (d. n. z 3. lutego 1826 L. 2158 zb. u. s.) [2]).

---

[1]) Nacisk tu położony na dobrowolność. Nie miałoby tedy znaczenia uwolnienie od rachunków, odnoszące się do pozostawionego dziecku zachowku. Dolno austr. Tryb. żądał, ażeby w ogóle wykluczono możność uwolnienia opiekuna od obowiązku składania rachunków, który to wniosek ZEILLER odparł uwagą, że wszakże spadkodawca, który, niezmuszony do tego zapisał pupilowi majątek, mógł mu go wcale nie zapisać, lub zapisać wprost opiekunowi (OFNER I. str. 191). — Przeciw praktyce, która mimo uwolnienia opiekuna od składania rachunków, kazała temuż składać formalny rachunek końcowy — zwraca się v. HINGENAU *Beitr. zur Erläut. der §. 238 u. 262 b. G. B.* w *Z. f. ö. R.* 1845 III. str. 352.

[2]) ZEILLER przychylił się wprawdzie do *monitum* praskiego fakultetu, które żądało corocznego sprawozdania, lecz słuszne uwagi HAANA spowodowały, że *monitum* to odrzucono. Uważał on, że taki obowiązek zwłaszcza na wsi, gdzie ludzie nie tak dobrze wćwiczeni w pisaniu, byłby uciążliwym, i bez potrzeby zwiększałby pisaninę. Sprawozdanie takie potrzebne jest tylko wówczas, jeśli pod względem osoby pupila jakaś znaczniejsza zmiana zajdzie. Podług tego §. ten ustylizowano (OFNER I. str. 191). Przy tej sposobności LYRO, zwracając uwagę na częste w Galicyi kontrakty o dożywocie (*advitalitatis*), mocą których pozostający małżonek otrzymuje cały majątek a dzieciom nic nie przypada, żądał postanowienia, iżby na tymże majątku ciężył obowiązek wychowania dzieci, który to obowiązek najczęściej bywa zaniedbywanym. W rozbiór kwestyi tej jednakże wówczas nie wchodzono, ponieważ już w rozdz. o obowiązkach rodziców była załatwioną.

II. Rachunki winny być udokumentowane, a przedkładane najpóźniej we dwa miesiące po upływie każdego roku opieki, zamykane zaś z ostatnim dniem miesiąca, w którym opieka się rozpoczęła, lub też z tym dniem, który sąd jako dzień zamknięcia oznaczy (§. 239 u. c., §. 207 pat. z r. 1854). Wykazywać one muszą: stan majątku, jaki istniał z początkiem roku rachunkowego i zmiany jego w ciągu tegoż roku, dalej przychody i wydatki za tenże czas, a w końcu obliczenie wynikającego z rachunku czystego majątku z wymienieniem tego, z czego się składa i jak jest przechowany, zabezpieczony i ulokowany (§. 239 u. c., §. 204 pat. z r. 1854). Szczegółowe przepisy istnieją na przypadek, jeśli w majątku znajduje się handel lub przedsiębiorstwo fabryczne lub też pupil w takich przedsiębiorstwach ma udział (§. 239 u. c., §. 206 pat. z r. 1854). Mianowicie w takim przypadku sąd winien się zadowolnić przedłożeniem bilansu i utrzymywać go w tajemnicy (§. 239 u. c.). Gdyby pod zarządem jednego i tego samego opiekuna znajdywały się majątki nieruchome, położone w rozmaitych krajach koronnych, opiekun winien dla każdego kraju przedkładać osobne rachunki tamtejszej władzy sądowej; wolno mu wszelako używać dla dobra pupila nadwyżek z jednego kraju w innym kraju (§. 240 u. c.).

III. Sąd opiekuńczy bada z urzędu rachunki opiekunów podług istniejących w tym względzie przepisów — w razie potrzeby przy pomocy znawców (§. 241 u. c., §. 208 do 212 pat.), — przyczem opuszczenia lub pomyłki nie mogą szkodzić ani opiekunowi ani pupilowi (§. 242 u. c.), — o załatwieniu ich zaś uwiadamia opiekuna (§. 241 u. c., §. 214 pat.).

Najpóźniej we dwa miesiące po ukończeniu opieki powinien opiekun przedłożyć sądowi rachunek końcowy, poczem po sprawdzeniu otrzymuje dokument poświadczający, iż rzetelnie i w porządku prowadził zarząd (t. zw. absolutoryum). Dokument ten nie uwalnia go wszelako od odpowiedzialności za podstępną czynność, jakaby się później wykryła (§. 262 u. c.), — i nie wyklucza sprostowania pomyłek (§. 242 u. c.).

Dopóki rachunek końcowy nie jest przedłożony i przyjęty, spory, z czynności opiekuńczych wynikające, mogą być rozstrzygane tylko z urzędu, nie zaś drogą zwyczajnego procesu (ob. o tem poniżej w §. 489).

Pupil, który stał się pełnoletnim, może opiekuna zwolnić od rachunku końcowego (§. 215 pat. z r. 1854)[3].

IV. Kwestya, czy i jakie wynagrodzenie należy się opiekunowi, załatwioną być musi z reguły przy rachunkach. Wynagrodzenie takie stanowi bowiem wydatek, o którego należności sąd ma orzekać.

Z reguły opiekunowi za sprawowanie tego obywatelskiego urzędu wynagrodzenie się nie należy. Jeżeli jednak z dochodów majątku pupila pozostaje rocznie — po strąceniu wszelkich potrzebnych wydatków — nadwyżka, może sąd gorliwemu opiekunowi przyznać roczną nagrodę, nie przekraczającą pięciu procent dochodów, która jednakże nigdy po nad 4000 zł. m. konw. (8400 kor.) wynosić nie powinna (§. 266 u. c.). Jeśli majątek jest tak nieznacznym, że rocznie niczego oszczędzić by nie można, sąd może po ukończeniu opieki przyznać opiekunowi stosowne wynagrodzenie z majątku, jeśli tenże utrzymał go w stanie nieuszczuplonym, albo postarał się o przyzwoite zaopatrzenie dla małoletniego (§. 267 u. c.). Rozumie się, że wynagrodzenie jakiegokolwiek rodzaju sąd przyznać może opiekunowi tylko na jego żądanie, a przy wymiarze uwzględnić winien stosunki majątkowe tak opiekuna jak i pupila, rodzaj i miarę zajęcia, jakie dawała opieka, i korzyści, jakie przysporzyła.

Zwrot wydatków koniecznych i użytecznych opiekunowi należy się zawsze, gdyż to są koszta, które z majątku pupila ponoszone być muszą.

Z natury rzeczy wynika, że wynagrodzenie opiekunowi należy się bez decyzyi sądowej, jeśli nakazał je wypłacać ten, czyjej szczodrobliwości pupil majątek zawdzięcza[4].

---

[3]) O tem ob. HINGENAU jak wyżej w uw. 1. — O możebnych zarzutach przeciw rachunkowi końcowemu ob. Wyc. z prot. z 21. marca 1822. PRATOB. *Mat.* VII. str. 368 i orzeczenie 12913.

[4]) O wynagrodzeniu opiekunów ob. SPERL *Entlohnung des Vormundes u. d. Curatoren nach oest. R.* w *Ger. Zt.* 1893. Nr. 3—5.

§. 487.

Spółopiekun. — Mnogość opiekunów.

NIPPEL §. 72, 161—164; ANDERS §. 55; *Grundr.* §. 78; KRAINZ §. 472.

I. Jeśli matka lub babka obejmuje opiekę, sąd dodać jej musi spółopiekuna, przy którego wyborze uwzględni przedewszystkiem objawioną wolę zmarłego ojca, w dalszym rzędzie wniosek opiekunki a w końcu pokrewieństwo z małoletnim (§. 211 u. c.)[1].

Zakres działania spółopiekuna różni się istotnie od zakresu opiekuna tem, że spółopiekun matki lub babki nie ma bezpośredniego zarządu, lecz jedynie stanowisko doradcze i kontrolujące (*tutor honorarius*) w odróżnieniu od opiekuna zarządzającego (*tutor gerens*). Mianowicie obowiązany jest wspierać opiekunkę radą dla dobra małoletniego, a gdyby spostrzegł ważniejsze wadliwości, donosić o nich sądowi opiekuńczemu (§. 212 u. c.). Dalszym jego obowiązkiem jest brać udział przy interesach pupila, wymagających zatwierdzenia sądowego o tyle, iżby w razie zgodzenia się na nie podpisywał podanie opiekunki, a w razie przeciwnym objawił odrębne swe zdanie, jakoteż ażeby w ogóle na żądanie sądu o interesie bezpośrednio opinię swą wyraził (§. 213 u. c.). Udział jego czynny przy akcie prawnym ustawą nie jest wymagany do ważności interesu. Nie jest on też uprawniony do zastępowania

---

[1]) O przydawaniu matce lub babce opiekunów ob. skazówki o dawniejszych urządzeniach i projektach u HARRASOWSKIEGO *Cod. Ther.* I. str. 178 uw. 6. Co do obowiązku przyjęcia spółopieki komisya kompilacyjna jeszcze w r. 1773 objawiła zdanie o potrzebie wyraźnego postanowienia, czy mianowany spółopiekunem jest obowiązany przyjąć spółopiekę Były wnioski, aby taki obowiązek mieli tylko krewni *ob vinculum sanguinis et spem successionis*. Komisya uchwaliła, że i spółopieka jest *munus publicum*, od którego nikogo zwolnić nie można. Tak też zatwierdziło ces. rozp. z 24 kwietnia 1773 dodając jedynie, że powody, uwalniające od opieki, uwalniają także od spółopieki. HARRAS. V. str. 80 uw. 13.

pupila przed sądem [2]). Otrzymuje on od sądu, podobnie jak opiekun, dokument legitymacyjny i składa przyrzeczenie, że dobro pupila popierać będzie (§. 212 u. c.).

Sąd może spółopiekunowi poruczyć zarząd majątku; w tym przypadku ma wszelkie obowiązki kuratora (§. 214 u. c.).

Jeżeli opiekunka z opieki ustępuje, sąd z reguły opiekę byłemu spółopiekunowi poruczyć powinien (§. 215 u. c.) [3]).

II. Spółopiekun przydany matce lub babce jest t. zw. opiekunem ubocznym (*Nebenvormund*). Sąd jednakże może opiekę nad jednym pupilem poruczyć kilku opiekunom, którzy zostają między sobą w stosunku równorzędności (*contutores*). Przedewszystkiem nastąpić to może wówczas, jeśli ojciec tak rozporządził, a następnie także i wówczas, jeśli sąd ze względu na dobro małoletniego uzna to za potrzebne, jeśli n. p. małoletni ma różne interesa, wymagające fachowego kierownictwa. Obowiązkiem Sądu jest wówczas rozdzielić czynności kilku opiekunów tak, ażeby jeden z nich miał obok głównego kierownictwa interesów, — wyłącznie także pieczę nad osobą pupila (§. 210 u. c. ust. ost.). Zresztą mogą oni sprawować interesa bądź spólnie bądź też rozebrać je między siebie. Podział interesów powinien nastąpić za zgodą sądu (§. 210 u c.).

---

[2]) Por. orz. 12746.

[3]) Powodem tego przepisu było to, że spółopiekun najlepiej z interesami pupila jest obznajomiony. Słusznie jednak przytem zauważył ORLANDINI, że przepis ten zostaje w sprzeczności z owym, który pewnym osobom innym daje pierwszeństwo do opieki. Nie uwzględniono wówczas tych uwag (OFNER str. 183 §. 196) a ORLANDINI później, gdy nadawano krewnym prawo zgłoszenia się do opieki, jeśli ją obcemu poruczono, zwrócił uwagę, że w obec powyższego postanowienia znowuż to prawo krewnych w sprzeczności zostaje z powołaniem spółopiekuna. Uznano trafność tych uwag, jednak nie uważano za potrzebne czynić jakiej zmiany, pocieszając się tem, że przepis §. 193 kod. gal. (§. 215 u. c.) będzie tylko wyjątkiem (OFN. I. str. 203). Nie zważano jednakże na to, że w tym §. ten wyjątek ma następować „*in der Regel*"! Sprzeczność więc istnieje, a jeśli do kolizyi nie prowadzi, to tylko dlatego, że praktyka (zd. m. słusznie) nie poczytuje „praw" krewnych do opieki za prawa w ścisłem znaczeniu, lecz przepisy odnośne uważa tylko za skazówkę dla sędziego.

O ile samowolny podział wpływa na odpowiedzialność opiekunów, o tem będzie mowa poniżej (§. 489). Rozumie się, że w razie podziału za zgodą sądu uskutecznionego, każdy tylko w przydanym mu zakresie ma prawo i obowiązki opiekuna.

III. Oprócz tego może się między kilkoma opiekunami wytworzyć stosunek taki, że jeden lub kilku mają zarządzać bezpośrednio majątkiem, inni zaś tylko nadzorować. Zależy to od zarządzenia sądu.

§. 488.

O zgaśnięciu opieki.

NIPPEL §. 210 n.; ANDERS §. 60; *Grundr.* §. 84; KRAINZ §. 474; KOPP *Ueb. die stillschweig. Grossjährigkeisterklärung*, *Ger. Halle* 1860. Nr. 18.

I. Opieka gaśnie, t. j. stosunek opiekuńczy ustaje:

1) ze śmiercią pupila (§. 249 u. c.), lub ogłoszeniem go za zmarłego (§. 249 u. c.). Majątek jego w tym przypadku staje się majątkiem spadkowym i podług reguł postępowania spadkowego traktowany być musi.

2) Jeśli została zaprowadzoną tylko skutkiem czasowego zawieszenia władzy ojcowskiej (§. 176 u. c.) — z objęciem napowrót tejże władzy przez ojca (§. 250 u. c.).

3) Z osiągnięciem przez pupila wieku pełnoletności (§. 251 u. c.) [1]. Z ukończeniem dwudziestego czwartego roku życia odpadają bowiem wszelkie ograniczenia zdolności do działania same przez się, opieka staje się więc zbyteczną. Jeżeli wszelako zachodzą w konkretnym przypadku okoliczności, które w interesie pupila wymagają dalszego opiekowania się nim, w szczególności z powodu choroby cielesnej lub umysłowej, marnotrawstwa, lub innych ważnych powodów, sąd

---

[1]) Przy obradach PRATOBEVERA podniósł kwestyę, czy samo osiągnięcie wieku już ma odnosić skutek usamowolnienia lub czy nie należy wymagać, aby sąd uznał tę pełnoletność i wydał dekret pełnoletności. Zdecydowano się na zaniechanie dekretu sądowego z powodów praktycznych (OFNER II. str. 352. §. 214 i 216).

na żądanie, lub co najmniej po przesłuchaniu opiekuna przydłużyć może opiekę na czas pewien lub nawet na czas nieograniczony [2]). Takie przydłużenie opieki po za granice fizycznej pełnoletności powoduje też przydłużenie stanu niezdolności do działania i musi w stosownym czasie przed nadejściem fizycznej pełnoletności publicznie być ogłoszone (§. 251 u. c.).

4) Z wcześniejszem usamowolnieniem pupila (§. 252 u. c). Takie usamowolnienie nastąpić może:

a) Skoro sąd przekona się z opinii opiekuna a ewentualnie z przesłuchania najbliższych krewnych, że małoletni, który ukończył dwudziesty rok życia, zdolnym już jest do zawiadywania swojemi sprawami i wyda mu t. zw. dekret pełnoletności. To orzeczenie sądowe ma, ze względu na prywatno-prawną zdolność pupila do działania, zupełnie równy skutek z osiągnięciem fizycznej pełnoletności (§. 252 u. c.). Gdyby jednakże prawa lub obowiązki osób trzecich zależne były od warunku pełnoletności pupila, kwestya, czy uznanie za pełnoletniego równać się ma pod względem tego warunku osiągnięciu fizycznej pełnoletności, jest kwestyą interpretacyi aktu, w którym tenże warunek został ustanowiony [3]). Usamowolnienie przez wydanie dekretu pełnoletności nazywają wyraźnem.

---

[2]) Czy takie powody zachodzą, jest rzeczą ocenienia konkretnego przypadku. Por. orz. 94 *N. Folge.*

[3]) Zależy to bowiem od intencyi, w której ten warunek był ustanowiony. Jeżeliby kto n. p. powierzył opiekę komu do czasu, póki małoletni krewny nie stanie się pełnoletnim, widoczną byłaby intencya, żeby ten, komu powierzono opiekę, tylko tak długo był opiekunem, póki małoletni przez *venia aetatis* nie będzie w możności ją objąć. Zbyt ogólnikowo SCHEY w wyd. MANZA do §. 252 u. c. sformułował zasadę orz. 1319, 13416, 15287, 15303 w ten sposób, że ze względu na warunek pełnoletności, zawarty w rozporządzeniu ostatniej woli, *venia aetatis* nie równa się skutkom osiągnięcia fizycznej pełnoletności — gdyż we wszystkich tych orzeczeniach chodziło o prawa trzecim osobom nadane i czasokresem pełnoletności czyjejś ograniczone. Por. jednak orz. 15130, którem zrównano skutek *veniae aetatis* z fizyczną pełnoletnością dlatego, ponieważ tam żadne prawa osób trzecich nie były dotknięte.

b) Skoro władza właściwa pozwoli małoletniemu na prowadzenie handlu lub przemysłu, tem samem staje się on własnowolnym (§. 252 u. c. ust. 2.). Tego rodzaju usamowolnienie nazwane jest pospolicie milczącem. Gdy jednak władze administracyjne przed udzieleniem takiego pozwolenia żądać muszą zgody zastępców prawnych i władzy opiekuńczej (d. n. z 27 września 1815. l. 1174 zb. u. s., rozp. min. spraw. z 19. marca 1860 l. 2712), przeto i takie usamowolnienie bez decyzyi sądu nastąpić nie może[4]. Osiągnięcie 20. roku życia nie

---

[4]) Więc właściwie nie następuje skutkiem pozwolenia władzy politycznej, lecz skutkiem zgodzenia się sądu, a zatem nie jest „milczącem". Ten rodzaj usamowolnienia nie był przewidziany w kod. gal. Poruszył tę kwestyę najpierw referent ZEILLER, proponując dodatek do §. 229 tej treści, że należy udzielić *veniam aetatis* także i w tym przypadku, jeśli małoletniemu pozwolone będzie prowadzenie handlu lub przemysłu. Jeden z wotantów (EHRENBERG) podniósł jednak wątpliwość, czy czynności pupila będą ważne, jeśli mu pozwolone będzie prowadzenie handlu lub przemysłu, lecz nie będzie udzieloną *venia aetatis?* Skutkiem tej uwagi stylizowano przepis ten tak, że już samo to pozwolenie czyni pupila własnowolnym (OFN. I. str. 199 n. §. 229). W drugim odczycie uznano to za niewłaściwe, aby władza polityczna mogła kogoś uznać pełnoletnim bez wiedzy władzy opiekuńczej i zgodzono się, aby w tej mierze porozumieć się z nadworną władzą polityczną o wydanie przepisu, iżby żaden małoletni nie otrzymał takiego pozwolenia, zanim nie zostanie uznany pełnoletnim za zgodą sądu opiekuńczego (OFNER II. str. 362 u. §. 215). Jednakże przepis ten kod. cyw. pozostał niezmieniony, a dopiero po publikacyi kod. cyw. (zdaje się wskutek owego porozumiewania się) wyszedł dekr. z 27 września 1815 L. 1174 zb. u. s., który poleca porozumiewanie się władzy przemysłowej ze sądem opiekuńczym. Por. także wydane skutkiem relacyi komisyi prawod. rozp. gub. medyolańskiego z 29 listopada 1819 (WINIWARTER *Hdb.* I. str. 275). Różnice między tym przypadkiem, a pozwoleniem prowadzenia handlu lub przemysłu małoletnim pod władzą ojcowską zostającym, jest ta, że sąd opiekuńczy może pozwolenie udzielić nawet i wbrew zdaniu opiekuna, skutkiem czego małoletni przez udzielenie konsensu lub koncesyi staje się własnowolnym, gdy do pozwolenia sądu na prowadzenie przemysłu przez małoletniego pod władzą ojca zostającego konieczną jest emancypacya wyraźna. (Ob. wyżej §. 471).

jest przytem koniecznym warunkiem usamowolnienia (d. n. z 15 czerwca 1835 L. 38 zb. u. s.). Dozwolenie prowadzenia gospodarstwa niema jednakże skutku usamowolnienia (d. k. n. z 28 paźdz. 1829 L. 2437).

II. Jeżeli opieka gaśnie skutkiem tego, iż pupil uzyska własny zarząd majątkiem, sąd winien wydać mu majątek, a, o ile tenże znajduje się w ręku opiekuna, polecić temuż, żeby go wydał i z tego w stosownym czasokresie przed sądem się wykazał. Odbiór nastąpić winien na podstawie wykazu majątku i rocznych zatwierdzonych rachunków, w postępowaniu z urzędu (§. 263 u. c. i §. 217 pat. z r. 1854 ust. 1). Gdyby pupil, otrzymawszy własny zarząd, mimo wezwania nie zgłaszał się przez 3 miesiące o wydanie majątku, w kasie sierocej się znajdującego, ustaje obowiązek sądu starania się o lokacyę. Jeżeli jednakże miejsce pobytu byłego pupila nie jest wiadome lub nie można mu doręczyć wezwania, sąd powinien wezwać go edyktem do odebrania, tymczasem jednak nie może żadnych zmian przedsiębrać w lokacyi (§. 217 pat. ust. 2). Analogicznie wydanie majątku nastąpić winno do rąk męża, jeśli małoletnia wyszła za mąż i temuż powierzono kuratelę nad majątkiem (§. 175, 260 u. c.) — do rąk ojca, jeśli tenże obejmuje na powrót władzę swą (§. 176, 250 u. c.) i do rąk dziedziców pupila, jeśli tenże zmarł (rozp. min. spraw. z 28 listopada 1891. L. 42 dz. rozp.) [5]).

§. 489.

O zmianie opiekuna.

NIPPEL j. w.; ANDERS §. 60; *Grundr.* §. 84 B.; KRAINZ §. 475.

I. Zmiana opiekuna bez zgaśnięcia opieki następuje:

1.) skutkiem śmierci jego (§. 249 u. c.),

2.) skutkiem usunięcia go z urzędu (§. 253 u. c.), to zaś nastąpić winno:

---

[5]) TAŁASIEWICZ str. 428. Ob. tamże dalsze szczegółowe przepisy o postępowaniu przy wydawaniu pupilom majątku, w szczeg. także §. 218 pat. co do osób wojskowych.

a) jeśli opiekę sprawuje wbrew obowiązkom;

b) jeśli sąd uzna go za nieudolnego;

c) jeśli okażą się co do niego takie wątpliwości, które byłyby go wykluczyły od objęcia opieki, gdyby w czasie zamianowania jego były już wiadome (§. 254, 191—194 u. c.) — rozumie się także i wówczas, jeśli zajdą takie powody, dla których ojciec traci czasowo lub stale władzę ojcowską (arg. z §. 176, 177 u. c.);

d) jeśli został ustanowiony tylko na pewien czas, albo też na przypadek zajścia pewnego zdarzenia wykluczony został, powinien być usunięty, skoro czas nadejdzie lub zdarzenie przewidziane nastąpi (§. 256 u. c.).

3.) Nastąpić może zmiana osoby, jeśli matka, sprawująca opiekę nad dzieckiem, wyjdzie za mąż. Wówczas bowiem obowiązkiem jej jest donieść o tem sądowi, a tenże ocenić winien, czy ją nadal przy opiece pozostawić, czy też usunąć należy (§. 255 u. c.)[1]).

4.) Uwolnienie opiekuna nastąpić winno:

a) na żądanie jego samego,

aa) jeśli w czasie trwania opieki zajdą takie okoliczności, które byłyby go w myśl ustawy od niej uwolniły lub wyłączyły. W tych przypadkach opiekun jest uprawniony, a względnie obowiązany żądać uwolnienia (§. 257 u. c.).

bb) Opiekun, któremu jako najbliższemu krewnemu opiekę poruczono, może uczynić wniosek powołania bliższego jeszcze krewnego zamiast siebie, jeśli taki bliższy krewny się znalazł (§. 258 u. c.). Z natury rzeczy wynika, że to postanowienie analogicznie zastosować należy w tym razie, jeśli w braku krewnego, poruczono opiekę niekrewnemu, a znajdzie się później krewny.

---

[1]) Kod. gal. §. 234 nakazywał odebrać jej wówczas opiekę, jeśli nie złoży zabezpieczenia majątku pupilarnego. Tak uchwalono też w 1. odcz. (OFN. I. str. 201). Dopiero w drugim odcz. referent poruszył wątpliwość, czy taka nieufność okazywana matce jest uzasadniona, na co zauważono, że matka wychodząc za mąż, traci z oczu interes dzieci z pierwszego małżeństwa, a zwykle oddaje mężowi zarząd majątku dziecinnego, tak iż ojczym faktycznie staje się opiekunem. Zgodzono się jednak „dla przyzwoitości“ nie odbierać matce zaraz opieki, lecz pozostawić to ocenieniu sądu.

b) Na żądanie innych osób sąd winien uwolnić dotychczasowego opiekuna w następujących przypadkach:

aa) jeśli matka albo brat byli małoletni w czasie ustanowienia opieki, a po dojściu do pełnoletności tego żądają (§. 259 u. c.);

bb) jeśli sąd niekrewnego powołał, krewni w ciągu roku od ustanowienia opieki żądać mogą ustanowienia ich w miejsce dotychczasowego opiekuna (§. 259 u. c. ust. 2);

cc) bliższy krewny może żądać ustanowienia siebie w miejsce ustanowionego dalszego krewnego, wszelako tylko wówczas, jeśli z powodu przeszkody wcześniej zgłosić się nie mógł (§. 258 u. c.)[2].

II. Przy każdej zmianie opiekuna nastąpić powinno rozliczenie się z dawniejszym opiekunem lub jego dziedzicami i odebranie przedmiotów majątkowych, które w ręku jego się znajdowały. Odbiór ten jakoteż oddanie nowemu opiekunowi nastąpić winny podług wykazu majątkowego i rocznych rachunków przez sąd zatwierdzonych (§. 263 u. c., §. 217, 218 pat. z r. 1854)[3].

§. 490.

O odpowiedzialności opiekuna i sądu opiekuńczego.

NIPPEL §. 165 n.; ANDERS §. 60; *Grundr.* §. 85; KRAINZ §. 477.

I. Ustawa uznaje obowiązek objęcia opieki nietylko jako publiczny, obywatelski, do którego każdy, kto zamianowany zostanie, zastosować się musi, jeśli niema prawnych powodów, uwalniających go od tego, — lecz nadto jako zobowiązanie wobec pupila, którego niedopełnienie uzasadnia dla tegoż ostatniego prawo żądania wynagrodzenia szkody. Kto więc bez takiego powodu uwalniającego wzbrania się od objęcia opieki, odpowiedzialnym jest za wszelką pupilowi stąd

---

[2]) O charakterze prawa, wynikającego z powołania do opieki, ob. wyżej §. 480 III. i uw. 7.

[3]) Ob. szczeg. przepisy u TAŁASIEWICZA przy §. 217 i 218 pat. z 1854 r.

wynikłą szkodę i utracony zysk a nadto może być do objęcia opieki zniewolony odpowiednimi środkami przymusowymi (§. 203 w związku z §. 202 u. c.) [1]).

II. Każdy opiekun odpowiada podług ogólnych zasad za szkodę zrządzoną pupilowi (§. 1295, 1324 u. c.). Gdy zaś obowiązany jest do zarządzenia majątkiem pupila z uwagą, właściwą uczciwemu i gorliwemu ojcu rodziny (*mit aller Aufmerksamkeit eines redlichen und fleissigen Hausvaters* §. 228 u. c.), odpowiada za szkodę, wynikłą skutkiem niedołożenia takiejże uwagi. Ocenienie odpowiedzialności jego majątkowej polega więc na porównaniu działalności jego w konkretnym przypadku z tem, jak by sobie był w tymże przypadku postąpił uczciwy i gorliwy ojciec rodziny [2]). Uczciwość polega na tem, iżby działający nie dopuścił się świadomie żadnej czynności takiej, któraby miała na celu przysporzenie działającemu lub komu trzeciemu korzyści, należących się pupilowi, gorliwość zaś na tem, iżby nie zaniedbał niczego, co byłoby połączone z dozwoloną korzyścią pupila lub też coby od grożącej

---

[1]) W §. 182 I. kod. gal. zagrożoną była kara pieniężna ewentualnie areszt. W pierwszym odczycie skutkiem *monitum* apel. Trybunału dolno austr. i środk. opuszczono to zagrożenie, z powodu przez referenta przytoczonego, że po takim zmuszonym opiekunie nie możnaby się spodziewać dobrego prowadzenia interesów pupila (OFNER I. str. 180 §. 182). W ciągu drugiego odczytu referent uczynił uwagę, że nie widzi powodu do ustanowienia tu odpowiedzialności opiekuna za szkodę, ponieważ można zaraz innego ustanowić. Raczej sądziłby, że należałoby nałożyć na ociągającego się obowiązek wynagrodzenia kosztów innego opiekuna. Uwagi tej jednak nie uwzględniono, lecz dodano ustęp, iż wzbraniający się może być zniewolony stosownymi środkami przymusowymi (OFNER II. str. 358 §. 168).

[2]) Nie wystarcza więc *diligentia quam in suis*, jaką n p. ustanawia kod. saski (§. 1909). Ust. austr. poszła za *Landr.* pruskim (II. 18 §. 275). Odpowiada więc opiekun za przedawnienie kuponów (orz. 7909), za straty na wylosowanych papierach (orz. w GELL. *Centralbl.* XII. N. 378), za zaniedbanie zabezpieczenia ceny kupna lub ściągania jej, gdy pierwsza rata nie została zapłaconą w terminie (orz. 613) i t. p.. — chociażby w swoich sprawach równie był niestarannym.

szkody zachować go mogło[3]). Wykroczenie przeciw uczciwości podpada pod pojęcie czynności w złym zamiarze (*dolo*) dokonanej, wykroczenie przeciw gorliwości pod pojęcie niedbalstwa (*culpa*, §. 1294 u. c.) a różnica ta uzasadnia wysokość wynagrodzenia szkody (§. 1324 u. c.). W szczególności odpowiada opiekun także za niedbalstwo, jeśli się nie starał o zwrot szkody, spowodowanej nieudolnością osób podwładnych (§. 264 u. c.).

W ogólności nie wymaga ustawa od opiekuna wiadomości fachowych, więc nie trafia go zwiększona odpowiedzialność znawców (§. 1299 u. c.). Gdy jednakże uczciwy i gorliwy ojciec rodziny w sprawach, wymagających fachowych wiadomości, poszukuje rady u znawców, opiekun, zaniedbując to, wykroczyłby przeciw wymaganej staranności[4]). Inaczej gdyby mu opieka poruczoną była właśnie dla jego fachowych wiadomości, gdyż wówczas byłby znawcą w znaczeniu §. 1299 u. c.

W przypadkach, gdy opiekunów jest więcej, odpowiedzialność ich zależy od tego, czy opiekę sprawują spólnie czy też się nią podzielili, a w ostatnim przypadku, czy podział nastąpił za zgodą sądu, czyli też bez takiejże zgody (samowładnie). Jeśli zarządzają spólnie lub też samowładnie się opieką podzielili, odpowiada każdy za całą pupilowi przez któregokolwiek z nich wyrządzoną szkodę (§. 210 u. c.), zatem solidarnie, mając — rozumie się — przytem regres do winnego po myśli zasad o solidarności (§. 896 u. c.). Gdyby podział opieki nastąpił był za zgodą sądu, każdy odpowiada tylko za siebie.

Z reguły nie odpowiada opiekun za winę osób podwładnych. Jeżeli jednak świadomie ustanowił osoby nieudolne albo takie osoby zatrzymał, wiedząc o ich nieudolności, odpowiada za szkodę przez te osoby wyrządzoną (*culpa in eligendo* §. 264 u. c., por. §. 1313—1315.)[5]).

---

[3]) Por. ZEILLER I. str. 462.

[4]) Por. orz. 613.

[5]) Między winą pod względem wyboru z §. 264 u. c. a tą, która przewidzianą jest w §. 1315 u. c., zachodzi różnica, której autorowie ustawy — jak się zdaje — nie byli świadomi. Mianowicie §. 264 u. c. wymaga świadomości o nieudolności

Obowiązki spółopiekuna matki lub babki są odmienne i o wiele mniejsze (§. 212, 213 u. c., ob. wyżej §. 487 I); to też i jego odpowiedzialność ograniczona jest stosunkowo. Skoro bowiem tych obowiązków dopełni, wolnym jest od wszelkiej odpowiedzialności. Gdyby jednakże powierzono mu zarazem zarząd majątkiem, objąłby tem samem wszelkie obowiązki kuratora [6]), a więc i jego odpowiedzialność (§. 214, 282, 264 u. c.).

III. Wobec tego, że opiekun (także spółopiekun) jest organem sądu opiekuńczego, ma on nadto obowiązek wykonywania poleceń tegoż i może być do tego stosownymi środkami zmuszony a nawet i z urzędu usunięty (§. 19 pat. z r. 1854) i odpowiada prócz tego za szkodę wyrządzoną pupilowi przez nieusłuchanie poleceń sądowych.

Zatwierdzenie rachunków przez sąd opiekuńczy, a nawet udzielenie mu absolutoryum po złożeniu obrachunku końcowego nie uwalnia opiekuna od odpowiedzialności za odkryte później czynności podstępne (§. 262 u. c.) [7]).

---

osoby ustanowionej w każdym razie, gdy przeciwnie §. 1315 u. c., podług należytej interpretacyi, świadomości wymaga tylko przy ustanowieniu osób niebezpiecznych. Ob. wyżej IV §. 401 przy uw. 11 i autorów tamże powołanych. W tej mierze §. 246 I. kod. gal. był ostrożniej stylizowany: *hat er aus eigener Schuld unfähige Leute angestellet.* Słowo *wissentlich* wprowadził sam referent (OFNER I. str. 205), a stąd — zapewne bez zamiaru autorów, — odpowiedzialność opiekuna stała się łagodniejszą od tej, jaką sankcyonuje §. 1315 u. c. — ZEILLER I. str. 531 naprawia błąd redakcyjny zwrotem, że opiekun odpowiada za osoby, *deren Unredlichkeit oder Unfähigkeit beim Mangel der erforderlichen Zeugnisse offenbar zu besorgen war.* Jestto interpretacya, sprzeciwiająca się wprost brzmieniu §. 264 I. c. Że wyrazu *wissentlich* nie należy tłumaczyć przez *dolose*, jest całkiem naturalne. Ob. PFAFF l. c. i ANDERS str. 256 uw. 6.

[6]) Wyraz „kurator" użyty jest tu w znaczeniu zarządcy majątku, w przeciwstawieniu do opiekuna, który również i o osobę starać się winien.

[7]) *Monita* środk. austr. Trybunału i Sądu szlach. w Tarnowie pragnęły ograniczyć prawo skargi do lat trzech, lecz rozszerzyć je także na pomyłki i przeoczenia (§. 222 k. gal.). Po uwadze referenta, iż rozszerzenie jest wobec §. 222 k. gal.

Odpowiedzialność opiekuna ciąży na majątku jego i przechodzi na jego dziedziców (§. 1337 u. c.).

IV. Pretensye pupila przeciw opiekunowi, wynikające z urzędowego działania tegoż ostatniego, jak niemniej wzajemne pretensye opiekuna przeciw pupilowi, ze sprawowania opieki pochodzące, mogą być, przed ukończeniem opieki i zatwierdzeniem rachunku końcowego, dochodzone jedynie tylko w postępowaniu niespornem (§. 216 pat. z r. 1854). Z reguły niedopuszczalną jest w tych sprawach droga procesu (§. 18 cyt. pat.). Opiekun, który czuje się pokrzywdzonym decyzyą sądu opiekuńczego, ma prawo żalenia się najpierw w tym samym sądzie, a gdyby to było bezskuteczne, wniesienia rekursu do sądu wyższego (§. 268 u. c., por. §. 9, 12, 16 pat. z r. 1854). Jeśli jednakże zarządzenie sądowe zależnem jest od rozstrzygnięcia spornych kwestyi prawnych lub też od takich okoliczności, które tylko w formalnem postępowaniu dowodowem stwierdzić się dadzą, sąd może odesłać strony do drogi procesowej (§. 2 ust. 7 pat. z 1854 r.). Gdyby taki proces między opiekunem a pupilem był nieunikniony, opiekun musiałby być usunięty od opieki (§. 254, 193 u. c.)[8]).

Po ustaniu opieki i zatwierdzeniu rachunku końcowego, sprawy takie mogłyby być załatwione tylko drogą procesu, o ile w ogóle proces byłby dopuszczalny (§. 18 cyt. pat.)[9]). To samo nastąpić musi, jeśli chodzi nie o sam stosunek opiekuna do pupila, lecz o prawa osób trzecich (§. 18 cyt.).

V. Do składania kaucyi na zabezpieczenie swej odpowiedzialności opiekun przy objęciu opieki nie jest obowiązany, może być do tego pociągany później, jeżeli nie zachowuje

---

zbyteczne, a ograniczenie skargi z oszustwa do 3 lat nieuzasadnione, odrzucono obydwa *monita* (OFNER str. 205 §. 245).

[8]) Za daleko idzie KRAINZ §. 477, wskazując dla wszystkich pretensyi wzajemnych ze stosunku zarządu opiekuńczego drogę zwyczajnego procesu. W przeciwnym kierunku za daleko idzie zd. m. praktyka, która dla tego rodzaju pretensyi w ciągu trwającej opieki całkowicie ją wyklucza. Por. orz. 9658, 14610, 14738.

[9]) Por. jednak orz. z 25 lutego 1890 L. 1737. Przegl. pr. i adm. 1891. Cz. prakt. str. 38 n.

ściśle przepisów wskazanych ustawą dla zabezpieczenia majątku i we właściwym czasie nie składa rachunków (§. 237 u. c.)[10].

VI. Sąd opiekuńczy odpowiedzialnym jest wobec pupila za zaniedbanie swego urzędu z uszczerbkiem tegoż ostatniego. Pretensye z tego tytułu dochodzone mogą być obecnie przeciw winnemu urzędnikowi sędziowskiemu i skarbowi państwa jako dłużnikom solidarnym drogą t. zw. procesu syndykackiego (ust. z 12 lipca 1872 L. 112 dz. u. p.), jeśli przepisane w postępowaniu sądowem środki prawne nie zdołają odwrócić szkody. Odpowiedzialność ta więc jest tylko posiłkową t. zn. wchodzi wówczas i o tyle, o ile zabraknie innych środków wynagrodzenia szkody (§. 265 u. c.)[11], a więc w takich przypadkach, w których opiekun także winę ponosi, tylko wówczas, jeśli stwierdzonem będzie, że od opiekuna szkody odzyskać nie można, zatem jeśli opiekun albo za szkodę wcale nie jest odpowiedzialnym[12], albo też dla braku majątku pokrycia u niego niema[13].

---

[10]) Wobec tego, że opiekun na każdym kroku zostaje pod ciągłą kontrolą sądu opiekuńczego, że substancyą majątku bez przyzwolenia sądu ważnie rozporządzać nie może, a z dochodów, o ile w ogóle nimi rozporządza, rachunki składać musi, żądanie kaucyi z reguły byłoby nieuzasadnione. Por. ZEILLER str. 488 n. Ustawa austr. nie zna też ustawowego prawa zastawu (hipoteki generalnej) na majątku opiekuna, ani też *privilegium exigendi*, jakie miało prawo pospolite. Wychodząc z założenia, że nie uchodzi obciążać urzędu honorowego, od którego nikt uchylić się nie może, kaucyami i zastawami, także kod. niem. kaucyi żadnej nie żąda. Dozwala jednak w niektórych przypadkach, iżby sąd kaucyi żądał, lecz stanowi zarazem, że powołany wówczas może się uchylić od opieki (§. 1844, 1786 ust. 7).

[11]) Posiłkowości tej nie uchyliła ustawa o skardze syndykackiej. Por. obszernie motywowane orz. 12728.

[12]) Tak orz. 15322.

[13]) W nauce o stosunkach prawnych dzieci zasługuje na uwagę rozp. min. sprawiedl. z 10. kwietnia 1902 L. 7493, podane w dz. rozp. N. VIII. str. 96 n. o opiece nad dziećmi zaniedbanemi. Rozporządzenia tego w tekście uwzględnić już nie mogłem.

ROZDZIAŁ II

O kuratelach.

§. 491.

O kurateli w ogólności i jej rodzajach.

NIPPEL *Darstellung* §. 3, 4, 283 n.; ANDERS *Fam.* §. 52; *Grundr.* §. 71; KRAINZ II. §. 464.

I. Przepisy o kurateli (§. 269—284 u. c.) obejmują pod tą nazwą dwie instytucye prawne opiekuńcze, różniące się od opieki w ścisłem znaczeniu tem, że zaprowadzone są wyłącznie tylko w interesie prywatno-prawnym pewnej osoby, nie zaś — tak jak opieka — także w interesie publicznym, — między sobą zaś tem, że gdy jedna — nazywamy ją kuratelą ogólną — zasadniczo obejmuje ogół stosunków pewnej osoby, druga — którą nazywamy kuratelą szczegółową albo specyalną — obejmuje tylko pewną sprawę, albo też pewien kompleks spraw[1]).

---

[1]) Wyraz kuratela ogólna w przeciwstawieniu do szczegółowej nie jest używany w ustawie cyw. Wprowadzam go tu dla uwydatnienia różnicy, w ustawie niewątpliwie uzasadnionej. W kod. niem. różnica między t. zw. opieką a kuratelą ogólną uwydatnioną jest tem, iż pierwszą nazywają *Altersvormundschaft* albo *Vormundschaft über Minderjährige*, drugą *Vormundschaft über Volljährige*, różnica zaś między kuratelą ogólną a szczegółową tem, że pierwsza jest *Vormundschaft*, a druga *Pflegschaft*. Dla tego mogły motywa różnicę między *Vormundschaft* a *Pflegschaft* sformułować w ten sposób: *begrifflicher Gegensatz d. Pflegschaft zur Vormundschaft ist lediglich der des Besonderen zum Allgemeinen.*

W stosunku do władzy ojcowskiej lub opiekuńczej różnią się obydwa rodzaje kurateli tem, że istnienie władzy ojcowskiej lub opiekuńczej wyłącza bezwarunkowo kuratelę ogólną, gdy przeciwnie kuratela szczegółowa może istnieć obok władzy ojcowskiej lub opiekuńczej, a nawet obok kurateli ogólnej, gdyż wówczas obejmuje tylko takie sprawy, do których z jakichkolwiek powodów tamte odnosić się nie mogą [2]).

Dalszą różnicą między kuratelą ogólną a szczegółową jest, że gdy pierwsza — podobnie jak władza ojcowska lub opiekuńcza — wchodzi w zastosowanie tylko tam, gdzie osobie, nad którą rozciągniętą zostaje, brak zdolności do działania całkowitej lub częściowej, kuratela szczegółowa takiej niezdolności do działania nie wymaga, może więc być zastosowaną nawet przy zupełnej zdolności do działania [3]). Przyczyną

---

[2]) Przerzucenie opieki nad umysłowo chorymi i marnotrawcami do rubryki „kurateli" trudno uzasadnić historycznie. W dawnem prawie niemieckiem nad chorymi (umysłowo i cieleśnie) ustanawiano opiekuna i to nie specyalnego, lecz takiego, który ogół stosunków majątkowych i osobowych obejmował, a z reguły należał do rodziny (*rechter Vormund*). Ob. KRAUT II. str. 191 n. — Kod. terez. stawiał też kuratelę ogólną zupełnie na równi z opieką: *Diese Obsorgere oder Curatores kommen mit denen Vormünderen oder Gerhaben in ihren Amtsbefugnissen und Verbindlichkeiten fast durchaus überein, und wann jene Obsorgere, die besonders nur zu gewissen einzlen Handlungen bestellet sind, ausgenommen werden, so sind die übrigen von denen Vormünderen nur dem Namen nach unterschieden* (I. 6. n. 588), a jeszcze w pracach poprzedzających proj. terez. członkowie komisyi WALDSTETTEN, HOLGER, THINNFELD byli zdania, że między opiekunami a kuratorami żadnej różnicy czynić nie należy. HORMAYER upatrywał zaś różnicę w tem, że opiekun w pierwszej linii ma powierzoną sobie osobę a w drugim dopiero rzędzie majątek, gdy u kuratora zachodzi przeciwny stosunek (HARRAS. *Cod. Th.* I. str. 256 uw. 29). Różnica między rzymską *tutela* a *cura* (*auctoritatis interpositio — consensus*) prawu austr. jest obcą.

[3]) Por. proj. terez. I. 6 n. 589: — *Die Bestellung eines Obsorgers erfordert... entweder... die Unfähigkeit oder Verhinderniss, seinen Sachen selbst vorstehen zu können, oder die Nothwendigkeit einer rechtlichen Vorsehung in Fällen, wo es um ein Gut zu thun ist, welches...* (tu następuje wyliczenie przypadków kurateli specyalnych).

władzy ojcowskiej i opiekuńczej tudzież kurateli ogólnej jest zawsze brak lub ograniczenie zdolności do działania osoby interesowanej, przyczyną kurateli specyalnej może być zaś także faktyczny jedynie brak możności osobistego sprawowania interesu.

II. Przepisy o kurateli czy to ogólnej, czy też szczegółowej, ściśle biorąc, do prawa familijnego nie należą. Jeśli ustawa je w prawie familijnem traktuje, usprawiedliwione to jest, zwłaszcza pod względem kurateli ogólnej, pokrewieństwem z opieką.

§. 492.

Kuratela ogólna: nad umysłowo chorym i marnotrawcą.

NIPPEL *Darstellung* §. 290—294; UNGER I §. 38; PFAFF-HOFMANN *Com.* II. str. 101 n.; KRAINZ §. 78, 478.

I. Kuratela ogólna zaprowadzoną być winna tylko: nad osobami *a*) nie zostającemi ani pod władzą ojcowską, ani opiekuna, a więc pełnoletniemi i *b*) tylko pod warunkiem, jeśli pozbawione zostały całkowicie lub częściowo zdolności do działania. To zaś nastąpić może tylko w dwóch przypadkach t. j. choroby umysłowej i marnotrawstwa.

1.) Chory umysłowo staje się niezdolnym do działania (ob. wyżej I. §. 38. B)[1]) skutkiem tego, iż sąd, po przeprowadzeniu postępowania t. zw. imploracyjnego, mającego na

---

[1]) Akty, zdziałane przez chorego po ogłoszeniu go za takiego, są nieważne bez względu na to, czy działający w chwili zdziałania aktu był przy zdrowych zmysłach czy nie, z wyjątkiem jednakże rozporządzenia ostatniej woli, które pozostaje ważnem, jeśli udowodnione zostanie, że zdziałane zostało w chwili zupełnej przytomności umysłu (*lucidum intervallum*, §. 567 u. c.). Dowód ten cięży jednak wówczas na tym, kto utrzymuje, iż akt jest ważnym. Por. orz. 6578. — Przed ogłoszeniem za umysłowo chorego, ten kto utrzymuje nieważność aktu z powodu choroby umysłowej, musi to udowodnić. Por. orz. 14056.

celu stwierdzenie choroby[2]), uzna go chorym umysłowo (§. 270, 273 u. c.). Wówczas ustanowiony zostaje dlań kurator, którego działalność rozciąga się tak na osobę jak i na ogół stosunków majątkowych kuranda[3]).

Przepisy te obowiązują co do chorób umysłowych wszelkiego rodzaju[4]), o ile w danym przypadku choroba zostanie uznaną za taką, która odejmuje naturalną zdolność zajmowania się sprawami[5]) — nie odnoszą się zaś do chorób

---

[2]) Podług §. 253 I. kod. gal. nie było wymagane wyraźne uznanie i ogłoszenie za umysłowo chorego. — Skutkiem monitum czeskiego i dolno austr. tryb. apel. i przedstawienia SONNENFELSA, jak niebezpiecznem jest poleganie na świadectwie lekarzy prywatnych, nałożono na sądy obowiązek badania chorego przez lekarzy sądowych i wyraźnego uznania (OFNER I. str. 208). Aby jednak nie wyglądało tak, jak gdyby tylko od orzeczenia lekarzy zależało ogłosić kogoś za obłąkanego lub głupowatego, stylizowano §. ten: *nach Vernehmung der vom Gerichte dazu verordneten Aerzte* (OFNER II. str. 515 §. 264.). Monitum dolnoaust. tryb. żądało nadto, aby ogłoszenie powtarzano corocznie, a w miarę okoliczności także za granicą, co jednak uznano za niepotrzebne. Por. G. R. *Zur Praxis der Edictausfertigung* w *Zt. f. Not.* 1884 N. 36 i rozp. min. sprawiedl. z 25 maja 1896 L. 39 dz. rozp. Zawiadomienie notaryusza nie jest konieczne, jeśli edykt ogłoszono (rozp. min. spraw. z 6 września 1888 L. 15 dz. rozp.). Ob. także L. R. w *Zt. f. Not.* 1888 N. 39. Dla ochrony od nieuzasadnionego uznania kogoś za umysłowo chorego istnieją przepisy administracyjne, ktore ob. w MAYRHOFERA *Hdb.* III., PIWOCKIEGO II. str. 927 n. i STUBENRAUCHA 8 wyd. str. 338 n. w uwagach.

[3]) Nie ma podstawy twierdzenie NIPPLA II. str. 478, iżby kurator obłąkanego o osobę jego troszczyć się nie potrzebował, równie jak jego twierdzenie, iż kurator od pełnomocnika różni się tylko tem, że ostatni pełnomocnictwem, pierwszy zaś ustawą ma oznaczony zakres działania.

[4]) Proj. terez. — I. 6. u. 591 wylicza: *Blödsinnige, Sinnlose, Unsinnige, Wahn-oder Aberwitzige, Rasende.*

[5]) Na jakiej podstawie ANDERS str. 293 twierdzi, że kuratela zaprowadzoną bywa tak w interesie publicznym jak i prywatnym, nie wiadomo. Wprawdzie z zapisków o obradach komisyi kompilacyjnej (HARRAS. *Cod. Ther.* I. str. 259 n. 30). widoczne jest, że publiczne względy podnoszono, gdy chodziło o kuratelę nad marnotrawcami; w ust. cyw. względy te nie

i ułomności cielesnych, które podług prawa austryackiego nie mogą być powodem zarządzenia kurateli ogólnej [6]).

2) Podobnie też nad marnotrawcą, skoro po przeprowadzeniu postępowania t. zw. „interdykcyjnego" za takiego uznany został, winna być zaprowadzoną kuratela, ponieważ takie uznanie pociąga za sobą ograniczenie zdolności do działania, które marnotrawcę stawia w ogólności na równi z małoletnim (ob. wyżej I. §. 39) [7]). I tu kurator ma zakres działania, równający się zakresowi opiekuna [8]).

---

znalazły wyrazu. Z tego zd. m. słusznego założenia wychodzi orz. 13017., w którem Najw. Tryb. wypowiedział zasadę, że kuratela nie ma na celu usunięcia lub ukarania wad etycznych, lecz wyłącznie tylko zaradzenie niezdolności strzeżenia praw i opiekę przed skutkami takiej niezdolności.

[6]) Ponieważ takie choroby nie dotykają zdolności do działania. Jedyny przypadek kuratela nad głucho-niemym, która jest specyalną, a o której poniżej. Inaczej ANDERS st. 296.

[7]) Z wyjątkiem rozp. ostatniej woli, do których jednak władza kuratora ani opiekuna nie sięga. Ograniczenie idzie tu nawet dalej, aniżeli małoletniego wyżej lat 14 (§. 568 u. c.).

[8]) Przeciw kurateli marnotrawców w r. 1785 oświadczyli się byli pod wpływem prądu liberalnego wówczas przeważającego wszyscy członkowie komisyi prócz HOLGERA, wykreślono też z projektu HORTENA odnośne §-fy a w kod. józ. nie było wcale mowy o tej kurateli. Motywa, jakie podnoszono, były: wzgląd na swobodę rozrządzania własnością, dalej że państwu zależy bardziej na rozdzieleniu majątków aniżeli na skupieniu ich w jednym ręku, że trzecie osoby, które mogłyby być marnotrawstwem pokrzywdzone, powinny same się pilnować, a dziedzice za życia spadkodawcy nie mają i tak żadnego do majątku prawa, że dla dobra dzieci ważniejszem jest, iżby otrzymały dobre wychowanie, aniżeli aby im bogactwa zostawiono. Przeciwko tym argumentom HORTEN walczył bardzo stanowczo przytaczając, że nie chodzi o nierówność prawną lecz faktyczną, że zarządzenia przeciw marnotrawstwu można tam tylko zastosować, gdzie istnieje interes w utrzymaniu majątku, że jakkolwiek nie wiadomo, co jest szkodliwszem dla państwa, skąpstwo czy rozrzutność, pewnem jest że *omnis excessus effectus vitiosus* i że nigdy dla państwa nie jest korzystnem, jeśli rodzina majętna na kij żebraczy przywiedzioną zostaje i ogółowi ciężarem się stanie, że i dla dzieci nie jest korzystnem, jeśli wychowane zostaną dla życia, którego dalej wieść nie mogą i t. d. (HARRAS str. I. 127). Opozycya przeciw dopuszczalności kurateli nad mar-

Skutki uznania kogoś chorym na umyśle lub marnotrawcą, a więc utrata lub ograniczenie zdolności do działania, rozpoczynają się od dnia ogłoszenia, gdyż dopiero odtąd dopełnione są warunki jego (§. 273 u. c.). — Gdyby w ciągu postępowania celem uznania kogoś za chorego umysłowo zaszła tego potrzeba, mógłby być tymczasowo ustanowiony kurator, który jednak byłby tylko specyalnym, ustanowionym z powodu, że umysłowo chory sam swych spraw prowadzić nie może (§. 269 u. c.) [9]).

II. Do osób, którym powierzono kuratelę ogólną, należy zastosować wszystkie przepisy o opiece (§. 282 u. c.) co do osobistej ich kwalifikacyi, uzasadniającej ich powołanie i wyłączenie (§. 281 u. c.), jako też co do ich zakresu działania, a tem samem ich praw i obowiązków w ciągu sprawowania urzędu (§. 282 u. c.) [10]).

---

notrawcą miała skutek, iż dopiero pat. z 22 lutego 1791. L. 115 zb. u. s. ją zaprowadzono. Także i podczas obrad nad kod. niem. objawiła się zasadnicza opozycya przeciw kurateli marnotrawcy. *Prot. 2. Lesung.* I. str. 31 n

[9]) Por. orz. 13710. Dla marnotrawcy ustanowienie takiego tymczasowego kuratora nie byłoby w ustawie uzasadnione, gdyż nie można powiedzieć, aby tenże swych spraw prowadzić nie mógł. Jestto luka w ustawie. Częściowo zaradza temu brakowi możność adnotacyi postępowania interdykcyjnego w księdze grunt. (§. 20 ust. hip.), którą praktyka sąd. dopuszcza, jakkolwiek dopiero ograniczenie zarządu przez oddanie pod kuratelę może być przedmiotem adnotacyi. W orz. 15726 uznał najw. Tryb. taką adnotacyę jako dostateczny powód do wywołania wątpliwości (*Bedenken* — §. 94 ust. 2 ust. hip.) co do osobistej zdolności do rozrządzania majątkiem. Podobnie orz. *Neue Folge* 532. Potrzebie tej zaradził kod. niem. dopuszczając tymczasowej opieki w ciągu postępowania imploracyjnego i interdykcyjnego (§. 1906). Kod. niem. dopuszcza nadto ustanowienia opieki z powodu pijaństwa (§. 6 ust. 3.).

[10]) Zdania bardzo rozpowszechnionego, jakoby kurator nie miał obowiązku starania się o wychowanie kuranda, a tylko starania się o jego utrzymanie i wyżywienie, podzielić nie mogę. W ustawie takiego wyjątku nie ma, z czego wynika, że — oczywiście przypuściwszy, iż potrzeba wychowania zachodzi — kurator ma obowiązek postarania się i o to. I tak n. p. jeśli — co zdarzyć się może n. p. u głupowatych — kurand, jakkolwiek

III. Kuratela ogólna ustaje tak samo jak i opieka[11]) skoro odpadną jej powody. Tylko, że powodem odpadnięcia opieki jest uzyskanie pełnoletności lub upełnoletnienie pupila, powodem odpadnięcia kurateli jest odzyskanie zdolności kuranda do działania (§. 283 u. c.). Zdolność kuranda do działania odzyskaną być jednakże może tylko przez orzeczenie sądowe, zapadłe po przekonaniu się, że chory umysłowo odzyskał zdrowie, a marnotrawca poprawił się stanowczo i trwale. Takie przekonanie powzięte być może po dokładnem zbadaniu okoliczności i dłuższych doświadczeniach, a ewentualnie po zasięgnięciu zdania lekarzy przez sąd ustanowionych (§. 283 u. c.)[12]).

§. 493.

Kuratela szczegółowa.

ANDERS *Fam.-Recht* §. 62; *Grundriss* §. 89; KRAINZ §. 478, 479.

I. Przypadki kurateli specyalnej przewidziane są nie tylko w ustawie cywilnej, lecz w wielu innych ustawach. Spólnem ich znamieniem jest, że kuratela ta wchodzi w zastosowanie tam, gdzie nie okazuje się potrzeba opieki nad ogółem stosunków prawnych pewnej osoby, a tylko zachodzi potrzeba takiejże opieki dla pewnej sprawy lub pewnego kompleksu spraw.

---

umysłowo chory, zdolny jest do jakiejś pracy. Także nie widzę, dlaczego nacisk kładą na to (n. p. KRAINZ §. 479 n.), że kurator nie musi nadzoru sprawować koniecznie osobiście. Wszak i opiekun nie jest do tego zmuszony. Konsekwencya, jaką n. p. KRAINZ uw. 5 wysnuwa, że z tego powodu nie trafia go odpowiedzialność z §. 1309 u. c., jest również nieuzasadniona. Opiekun bowiem w tem samem jest położeniu. Czy odpowiedzialność opiekuna i kuratora z §. 1309 u. c. ich trafia, czy nie, jest kwestyą faktu.

[11]) Rozumie się. o ile przepisy o zgaśnięciu opieki wogóle do kurateli zastosować się dadzą, a zatem z wyjątkiem przepisu o osiągnięciu pełnoletności lub upełnoletnieniu.

[12]) Przepisy o kompetencyi sądowej zawiera norma jur. §. 109, 112.

Między przypadkami kurateli szczegółowej możemy odróżnić takie, których powód jest ten sam jak opieki i kurateli ogólnej (a względnie władzy ojcowskiej) t. j. niezdolność do działania tego, czyja sprawa opieki wymaga. Do tych należy kuratela małoletnich, kuratela nad majątkiem zakonnika. Cały szereg innych przypadków następuje bez względu na to, czy wymagający opieki ma zdolność do działania czyli nie.

Zakres działania kuratora wynika w każdym przypadku z przyczyny, dla której ustanowiony został. Gdy kurator ogólny zasadniczo ma prawo i obowiązek działania we wszystkich sprawach kuranda, prawo i obowiązek kuratora specyalnego nie sięga po za sprawy jego pieczy oddane. Przepisy o opiece zastosowanie znajdują przy ustanawianiu i sprawowaniu kurateli szczegółowej o tyle, o ile się zastosować dadzą i o ile dla szczególnych przypadków tejże kurateli inne postanowienia nie istnieją. Zasadą przewodnią jest, że także i szczegółowa kuratela ustanowioną być może tylko przez sąd (por. jednak §. 47 i nast. patentu z 11. stycznia 1897 L. 30 dz. u. p.), że kurator tak samo jak i opiekun podlega sądowi, który go ustanowił, i że czynności prawne tegoż kuratora, zdziałane w zastępstwie kuranda w granicach upoważnienia, obowiązują tegoż ostatniego.

II. Ważniejsze przypadki kurateli szczegółowej są następujące:

1) W interesach, zdarzających się między ojcem (ślubnym) lub matką albo też opiekunem a małoletnim, powinien być dla małoletniego ustanowiony kurator (§. 271 u. c.)[1][2]

---

[1]) Motywum §. 258 I. kod. gal.: *weil Eltern und Vormünder in ihren eigenen Angelegenheiten keine Genehmigung ertheilen können,* opuszczono jako do ustawy nie należące (OFNER str. 210). Między ojcem nieślubnym, jeśli nie jest zarazem opiekunem, a dzieckiem niema kolizyi, gdyż ono ma opiekuna (§. 166 u. c.). Natomiast byłaby kolizya między rodzicami adopcyjnymi a adoptowanymi (§. 183 u. c.).

[2]) To samo jeśliby między rodzicami a dzieckiem powstał proces. Jeśliby proces powstał między opiekunem a pupilem, opiekun powinien być usunięty i innym zastąpiony (por. orz. z 9. kwietnia 1863 *G. H.* z r. 1863 N. 33.

Gdyby między dwoma lub więcej małoletnimi, którzy mają tego samego opiekuna powstał proces, nie wolno opiekunowi zastępować żadnego z nich, lecz obowiązany jest żądać od sądu ustanowienia innego kuratora dla każdego (§. 272 u.c. [3]). Przepisy te drogą analogii muszą być zastosowane niewątpliwie także do pełnoletnich, pod kuratelą ogólną zostających, gdyby miał być zawarty interes między kurandem a kuratorem, tudzież do dzieci jednego ojca lub kurandów jednego kuratora, gdyby między nimi miał powstał proces. W tych ostatnich przypadkach zachodzi bowiem ta sama przyczyna t. j. kolizya interesów.

Inne przypadki ustanowienia kuratorów dla małoletnich są: w razie zaprzeczenia dziecku ślubnego pochodzenia po myśli §. 157, 158 u. c., w razie niespełnienia poleceń sądowych przez opiekuna (§. 19 pat. z r. 1854), w razie wyłączenia od zarządu pewnym majątkiem ojca (§. 149 u. c.) lub opiekuna (§. 197, 209 u. c. [4]), w razie potrzeby ustanowienia osobnego zarządu nieruchomości w innym kraju będącej (§. 225 u. c.). Por. także §. 51 u. c. (kurator małoletniego obcokrajowca), §. 206 pat. z r. 1854 (zarządca fabryki wymagającej fachowego kierownictwa), §. 175, 260 u. c. (kuratela nad majątkiem małoletniej mężatki). Są to wszystko przypadki t. zw. kurateli małoletnich *(cura minorum)*.

2) Jeśli spuścizna ma przypaść potomstwu nienarodzonemu, ustanowiony powinien być kurator tegoż potomstwa, któ-

---

[3]) Niektórzy n. p. WINIWARTER, KRAINZ, STUBENRAUCH utrzymują, że w umowach między dwoma małoletnimi pod jednym opiekunem zostającymi, opiekun może obydwóch zastępować, bo §. 272 u. c. mówi tylko o sporach. Nie zdaje mi się, aby to odpowiadało zamiarowi ustawy, gdyż kolizya interesów wprawdzie nie koniecznie zachodzić musi, lecz zachodzić może. Por. wyżej III §. 275 i cyt. w uw. 3 tamże autorów. Por. także orz. 8773 i 11278, które zastosowywać każą §. 271 i 272 u. c. analogicznie także do innych przypadków kolizyi interesów.

[4]) Sąd może odebrać ojcu zarząd majątkiem, nie odbierając zresztą władzy ojcowskiej, jeżeli nadużycie tej władzy odnosi się tylko do zarządu majątkiem (§. 178 u. c.).

rego zadaniem jest starać się o to, aby prawa tegoż nie były ukrócone (§. 274 u. c., t. zw. *cura posterioritatis* [5]).

3) Dla strzeżenia praw dziecka dopiero poczętego a jeszcze nie urodzonego, może być na żądanie stron lub też z urzędu ustanowiony kurator, jeżeli chodzi o prawa, które dziecku, w razie gdyby żywe na świat przyszło [6]), przypaśćby miały (§. 274, 22 u. c., t. zw. *cura ventris*).

4) Gdy kto złoży śluby zakonne, które na mocy ustaw powodują utratę wolnego zarządu majątkiem, winien sąd dla tegoż majątku, którym między żyjącymi nie rozporządził, ustanowić kuratora (§. 182 pat. z r. 1854) [7]).

5) Dla osób przez sądy karne wojskowe na karę śmierci lub ciężkiego więzienia skazanego, o ile skazanie takie powoduje ograniczenie zdolności prawnej i zdolności do działania [8]), stanowiony być winien kurator, jeśli posiadają majątek, który skutkiem dłuższego trwania kary mógłby narażony być na niebezpieczeństwo (§. 279 u. c. w związku z §. 45 u. wojsk u. karnej i §. 5 ust. z 15 listopada 1867 L. 131 dz. u. p.).

6) Ustanowienie kuratora dla nieobecnego w przypadkach, w których ustawy takiego ustanawiać pozwalają [9]), nastąpić może

---

[5]) Takie przypadki mogą się zdarzyć przy substytucyach (§. 612 u. c.), przy mianowaniu dziedzicami osób jeszcze nie poczętych (d. n. z 29 maja 1845 L. 888 zb. u. s.), przy powiernictwach familijnych (§ 630 u. c.), o czem w nauce prawa spadkowego

[6]) Zastrzeżenie to chciał dodać prezes w ciągu trzeciego odczytu. Załatwiono jednak ten wniosek przez zacytowanie §. 22 u. c. (OFNER II. str. 514. §. 265).

[7]) Że nie jestto kuratela ogólna, wynika już ze stylizacyi „dla tegoż majątku, którym...“.

[8]) Ob. cyt. wyżej w §. 420 przepisy.

[9]) Ustawa nie rozstrzyga, kiedy kto za nieobecnego ma być poczytany: czy mianowicie jeśli jest nieobecnym w miejscu swego zwyczajnego zamieszkania, czy też w miejscu, gdzie interes się odbywa. Materyały nie dają pod tym względem wyjaśnienia. Możnaby więc sądzić, że każdy kto nie jest obecnym w miejscu, w którym jego interesa w grę wchodzą, otrzymaćby mógł kuratora. Taka interpretacya jednakże doprowadzić by musiała do całkiem nieusprawiedliwionego opiekowania się sprawami osób własnowolnych, a tem samem ograniczenia ich swobody. Wszak na tej podstawie możnaby żądać

tylko w tym razie, gdyby tenże nie pozostawił żadnego pełnomocnika, a bez takiego prawa jego byłyby skutkiem zwłoki narażone na niebezpieczeństwo lub też prawa innych osób byłyby powstrzymane. Jeżeli miejsce pobytu takiego nieobecnego jest wiadome, obowiązkiem kuratora jest poinformować go o stanie sprawy, a gdyby żadnego zarządzenia nie przedsięwziął, załatwić tę sprawę, o którą chodzi, tak jak opiekun załatwić powinien sprawę małoletniego [10]) (§. 276 u. c., *cura absentis*). Tego rodzaju zastępstwo nieobecnego przewidziane jest w §. 77 ust. 2 i 131 pat. z r. 1854 i §. 277 i 113 u. c. tudzież w ustawie z 16 lutego 1883 L. 20 dz. u. p.

7) Te same przepisy (6) zachować należy, jeśli sąd — jak to §. 276 u. c. pozwala, ustanawia kuratora dla osób, na razie sądowi nieznanych, a przy jakimś interesie udział mających. Tego rodzaju kuratela przewidzianą jest w ustawie z dnia 24 kwietnia 1874 L. 49 dz. u. p. i z 5 grudnia 1877

---

ustanowienia kuratora dla kogoś, który nie stawi się do rozprawy sądowej, lub w umówionym czasie nie stanie do kontraktu. do ugody i t. p. Ob. n. p. przypadek opowiedziany przez DWORAKA *Rechtsfall z. Beleuchtung der Lehre v. d. Curatelen* w *Zt. f. R. u. St.* 1849 II. str. 244. Co więcej, w przypadku przyznania spadku musiałby być ustanowiony kurator dla niewiadomych a możliwych pretendentów. MOSER *Der Curator nach* §. 276 *b. GB.* w *Jur. Bl.* 1884 N. 24. Jeżeli więc ustawy pozwalają na ustanowienie kuratora dla nieobecnego, to wówczas tenże ustanowiony być może tylko pod warunkami, w §. 276 u. c. wyszczególnionymi. Por. orz. 13884. Praktyka jest zresztą bardzo chwiejną. I tak n. p orz. 10158 zatwierdziło ustanowienie kuratora dla niewiadomych właścicieli efektów w starem biurku przy naprawie tegoż znalezionych, orz. 4856 ustanowienie kuratora dla nieobecnego ojca pozwanej, w orz. 14467 i 14468 ustanowiono kuratora dla niewiadomych właścicieli zastawów, przedanych przez zakład zastawniczy, motywując to tem, że wprawdzie nie jestto nigdzie przepisane, lecz także nie jest zabronione. W orz. 6768 uznał najw. Tryb. za dopuszczalne ustanowienie kuratora dla niewiadomych lenników w administracyjnem postępowaniu expropryacyjnem.

[10]) A więc przy zachowaniu przepisów, wydanych dla aktów prawnych przez opiekuna zdziałanych (§. 233 u. c.). Inaczej NIPPEL II str. 489.

L. 111 dz. u. p.[11]) dla spólnego zastępstwa posiadaczy częściowych listów dłużnych, w ustawie z 24 kwietnia 1874 L. 48 dz. u. p. dla strzeżenia praw posiadaczy listów zastawnych, tudzież w §. 49 ust. z 19 maja 1874 L. 70 dz. u. p. dla zabezpieczenia praw posiadaczy kolejowych obligacyi pierwszeństwa [12]).

8) Przypadki kurateli specyalnej przewidziane są nadto w postępowaniu spadkowem §. 690, 811, 812 u. c. i w ordynacyi egzekucyjnej [13]) tudzież w ustawie konkursowej.

III. Dla (pełnoletnich) chorych cieleśnie i ułomnych ustawa w ogólności nie nakazuje ustanawiać kuratora; niemoc cielesna bowiem z reguły nie powoduje niemożności strzeżenia praw przez ustanowienie pełnomocników. Wyjątkowo jedynie może być dla pełnoletniego głuchoniemego ustanowiony kurator, wszelako tylko na tegoż żądanie (§. 275 u. c.). Po za tym przypadkiem dobrowolne poddanie się pod kuratelę jest niedopuszczalne [14]) [15]).

---

[11]) Por. ks. orz. 101 (orz. 6578) tudzież orz. 15715, 15815, 15991, 16089.

[12]) Kurator dla posiadacza patentu według §. 47 ust. o pat. z d. 11 stycznia 1897 L. 30 dz. u. p. ustanowiony być ma przez urząd patentowy.

[13]) Wylicza te przypadki TILSCH l. c. str. 64.

[14]) NEUPAUER opowiada w *Zt. f. ö. R.* 1828 II. str. 135 u., że jakiś sąd dozwolił kurateli nad małżonkami, którzy o to prosili, powołując się na to, że stosunki ich majątkowe skutkiem wojny, pożarów i nieurodzajów znajdują się w stanie zawikłanym! Gdy edykt o tej kurateli pojawił się w dzienniku, zażądał trybunał apelacyjny wytłumaczenia od sądu, który swoje zapatrywanie w obszernem sprawozdaniu motywował a nawet zapowiedział, że i nadal tak postępować zamierza. Mimo pouczenia sądu kuratela ta trwała dwa lata i zniesioną została dopiero na żądanie tychże samych małżonków.

[15]) O wpływie istniejącego stosunku rodzicielskiego i opiekuńczego na zasiedzenie i przedawnienie (§. 1495 u. c.) mowa była już w nauce o zasiedzeniu (wyżej II. § 182) i przedawnieniu (wyżej III. §. 308 — por. także o stosunku małżeńskim V. §. 448 i uw. 7). Podług §. 629 III. kod. gal. (por. prej. MARTINIEGO III. 18 §. 43) wstrzymanie rozpoczęcia i biegu zasiedzenia i przedawnienia ustanowione było tylko na korzyść żony, dzieci i pupilów w obec mężów, rodziców i opiekunów, przedstawiało się więc jako przywilej tych osób. Na

wniosek SONNENFELSA zmieniono §. ten w tym kierunku, że wstrzymanie to następuje dla obu stron wzajemnie (OFNER II. str. 281) -- tak jak opiewa §. 1495 u. c. — Tu nasuwa się kwestya wątpliwa, czy §. 1495 u. c. ma zastosowanie także do stosunku między kuratorem a pupilem (jak utrzymuje większość autorów: ZEILLER IV. str. 262, PACHMANN *Verj.* str. 17., WINIWARTER *Die Verjähr.* w *Mater.* VIII. str. 179, UNGER I. str. 91 uw. 61, ŹRÓDŁOWSKI *Verjähr.* str. 92 n. HASENÖHRL *Obl. R.* (wyd. 1.) II. str. 625, ELLINGER, STUBENRAUCH do §. 1495 u. c.). Autorowie ci opierają się przeważnie na tem, że wyraz *Vormünder* należy tłumaczyć tu rozszerzająco, a zatem w znaczeniu obejmującem także kuratorów i powoływają się na §. 209 u. c, jakoby wyraz ten tam w takiem znaczeniu był użyty. To mi się trafnem nie wydaje, gdyż i tam wyrazy *Vormund* i *Curator* są sobie przeciwstawione. Zdaniem mojem autorowie całkiem słusznie pominęli kuratorów w §. 1495 u. c., pozostawiając zastosowanie tego przepisu do stosunku kuratelarnego analogii. Skutkiem tego bowiem zastosowywać możemy przepis §. 1495 u. c. tylko do tych stosunków kuratelarnych, przy których warunki analogii zachodzą, a więc przeważnie do przypadków kurateli ogólnej. Lecz i tu pozostaje wątpliwem, czy n. p. między marnotrawcą a jego kuratorem zasiedzenie i przedawnienie ma być, podług zamiaru autorów, wstrzymane czyli nie. W ciągu obrad o §. 1494 u. c. normującym wstrzymanie takie przeciw osobom niewłasnowolnym, jak długo nie mają zastępcy prawnego (§. 628 III. kod. gal.), oświadczyła się większość za tem, aby przepisu tego do marnotrawców nie odnosić, — głównie dlatego ponieważ tymże nie brak zdolności do czuwania nad swojemi sprawami. (OFNER II. str. 280). Z tego stanowiska autorowie ustawy nie mieli też powodu bronić marnotrawcy przeciw kuratorowi w następującym bezpośrednio § 1495 u. c. — Kod. gal. (§. 632—638 III.) znał nadto przywrócenie do poprzedniego stanu (*Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*), którego — za wzorem prawa rzymskiego — dopuszczano na rzecz pełnoletnich z powodu pokrzywdzenia podczas małoletności doznanego i na rzecz bezwinnie nieobecnych. — Przeciwko wprowadzeniu tej instytucyi do prawa materyalnego powstał podczas pierwszego odczytu ZEILLER dowodząc, że podług zasad filozofii prawa restytucya jest *ein Unding*, ponieważ wedle niej ten, kto podług ustawy nabył prawo, pozbawiony być ma tego prawa bez wszelkiej swej winy. Albo nabycie nie było nigdy prawnem, wówczas nie potrzeba restytucyi, albo było prawnem, a wówczas nie ma powodu odbierać mu to, co prawnie nabył. Wywód ZEILLERA obszerny, logiczny i poparty historycznym poglądem na po-

cząstki tej instytucyi w prawie rzymskiem, gdzie uzasadnioną była surowością *juris civilis*, — przekonał wszystkich wotantów z wyjątkiem jednego (EHRENBERGA), skutkiem czego postanowiono cały rozdział o przywróceniu do poprzedniego stanu z ustawy usunąć (OFNER II. str. 283—285).

ALFABETYCZNY SPIS RZECZY TOMU PIĄTEGO.

(Liczby oznaczają stronnice).

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

I. J

K.

L.

M.

N.

O.

P.

R.

T.

U.

V.

W.

Z.

Ż.

Z Drukarni Ludowej we Lwowie.